

تأليف الإمام

نجم الدين مختار بن محمود الزاهدي

ت ٦٥٨ هـ

يُطبع لأول مرة محققاً على أربعة أصول خطية

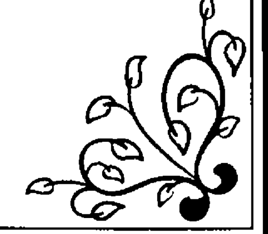
حققه وعلق عليه

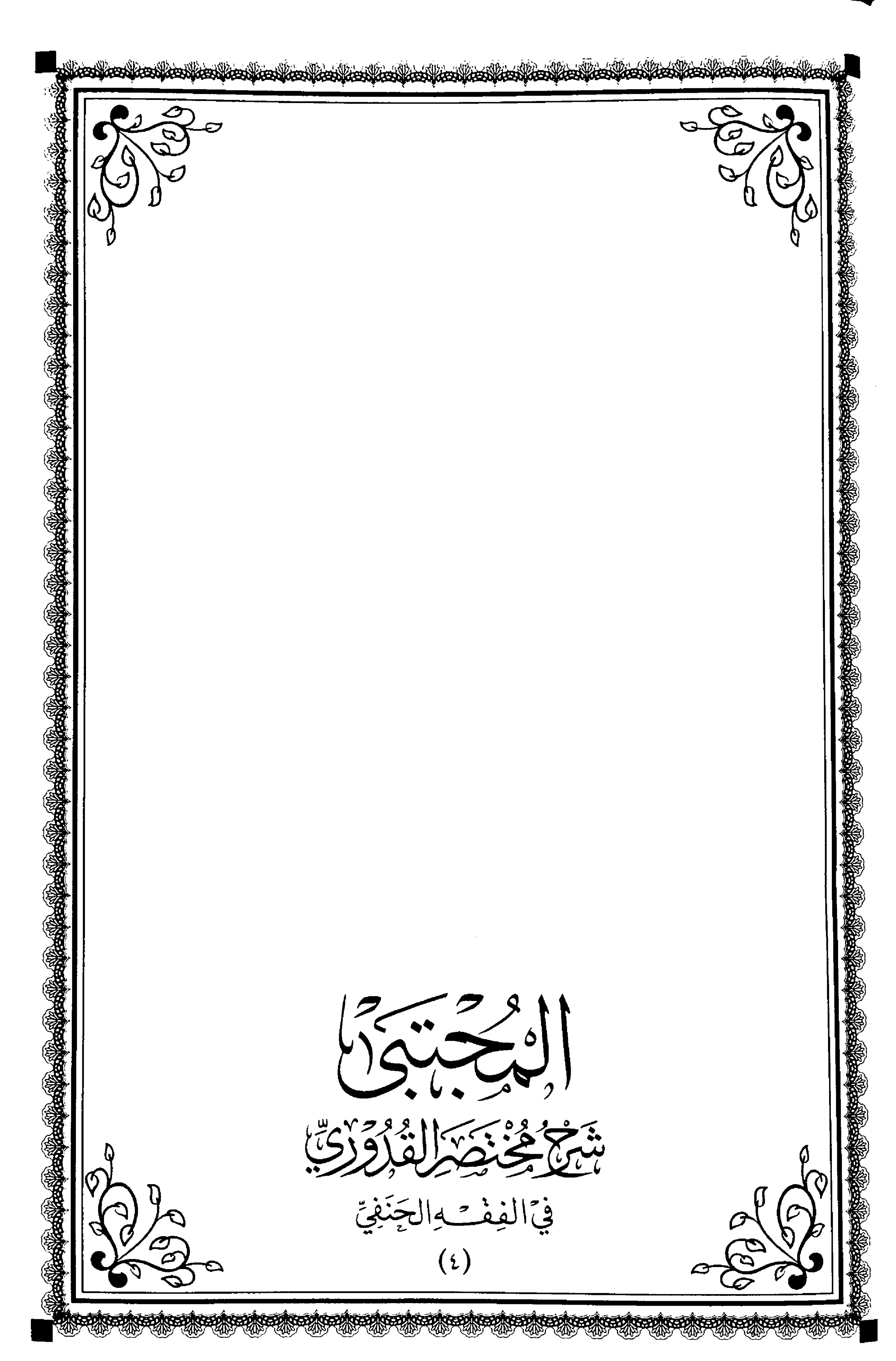
توفيق محمود تكلة الدمشقي

المجلد الرابع









المجتبى

شرح مختصر القدوري

في الفقه الحنفي

(٤)

رقم الإيداع	٢٠٢٣/٨/٤١٨٠
عنوان الكتاب	المجتبى شرح القدوري في الفقه الحنفي
تأليف	الزاهدي، نجم الدين مختار بن محمود (ت ٦٥٨هـ)
تحقيق	تكلة، توفيق محمود
بيانات النشر	عمان: دار الرياحين للنشر والتوزيع، ٢٠٢٣
رقم التصنيف	٢٧٠,٣٧١
المواصفات	العبادات/ / المعاملات (فقه إسلامي)/ / الأحوال الشخصية/ / الأحكام الشرعية/ / الفقه الحنفي/ / الفقه الإسلامي
الطبعة	الأولى

يتحمل المؤلف كامل المسؤولية القانونية عن محتوى مصنفه ولا يعبّر هذا المصنف عن رأي دائرة المكتبة الوطنية أو أي جهة حكومية أخرى

الطبعة الأولى ١٤٤٥هـ ـ ٢٠٢٣م

ردمك: 9789923797563



عمان ـ الأردن

جـــــــوال: 00962790474491

darlrayaheen.jo@gmail.com

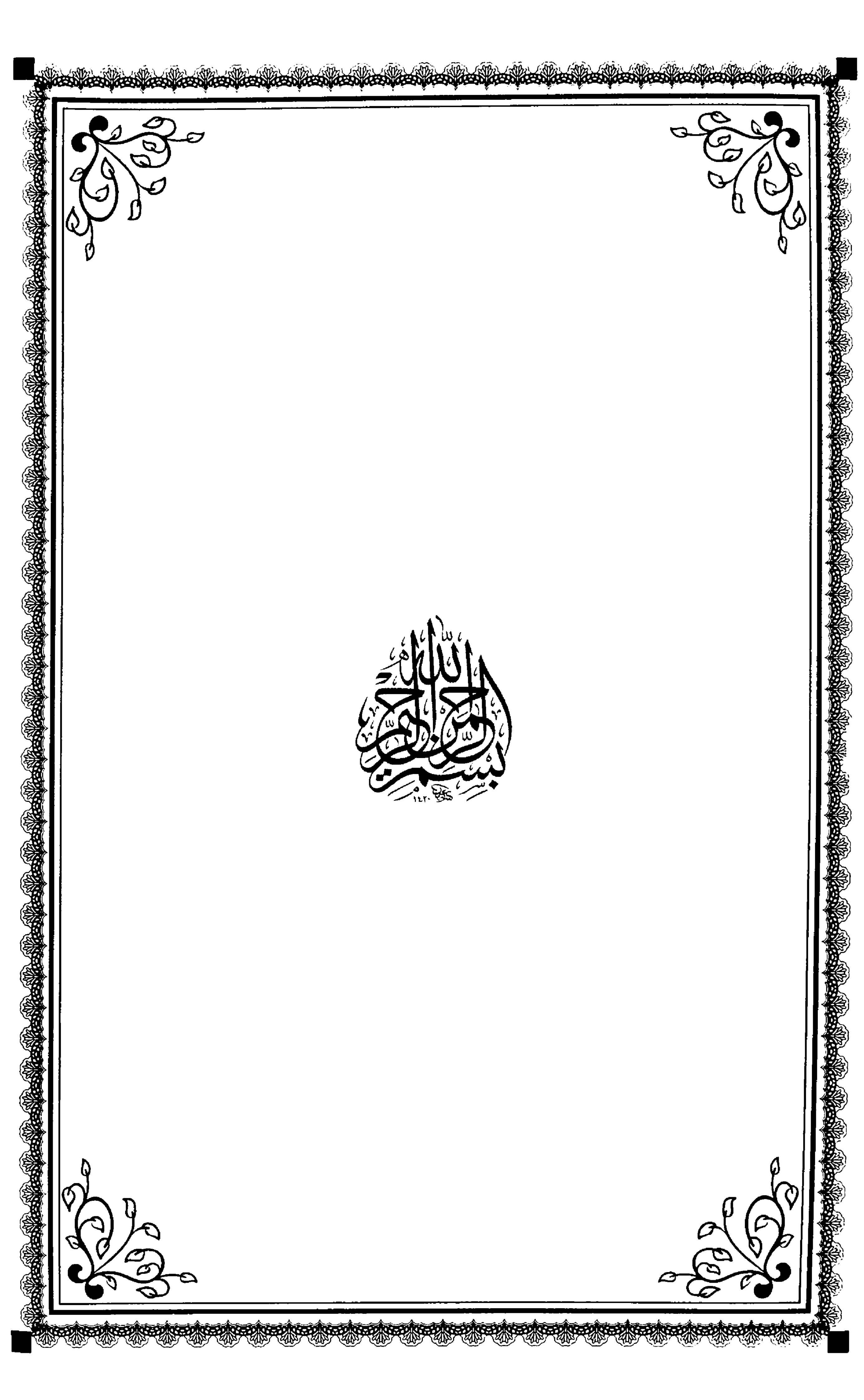
بيروت ـ لبنان

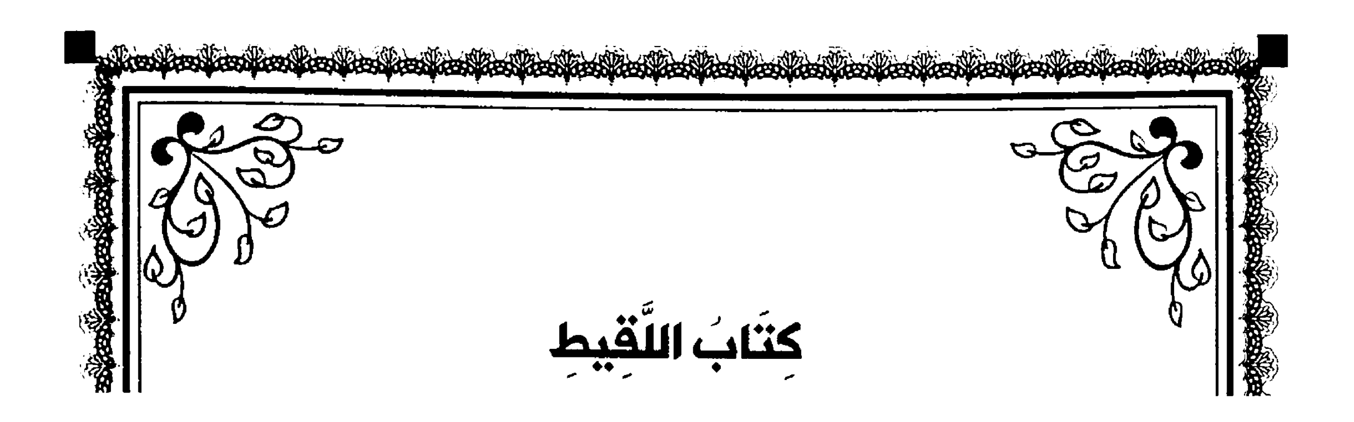
هـاتـف وفـاكـس: 009611660162

جـــــــوال: 009613602762

dar.alrayaheen@gmail.com




بسم الله الرحمن الرحيم



كِتَابُ اللَّقِيطِ

اللَّقِيطُ: حُرٌّ وَنَفَقَتُهُ مِنْ بَيْتِ المَالِ، فَإِنِ التَقَطَهُ رَجُلٌ: لَمْ يَكُنْ لِغَيْرِهِ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنْ يَدِهِ، فَإِن ادَّعَى مُدَّعٍ أَنَّهُ ابْنُهُ: فَالقَوْلُ قَوْلُهُ، وَإِن ادَّعَاهُ اثْنَانِ، وَوَصَفَ أَحَدُهُمَا عَلَامَةً فِي جَسَدِهِ: فَهُوَ أَوْلَى بِهِ.

كِتَابُ اللَّقِيطِ

الأصلُ فيه قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ ...﴾ [الإسراء: ٧٠] سُمِّي لقيطاً باعتبارِ مآله؛ لما أنَّه يُلقَط، والالتقاطُ مستحبٌّ؛ لما فيه من إحيائِهِ، وإن غلبَ على ظنِّه ضياعهُ: فواجبٌ.

قال: (**اللَّقِيطُ: حُرٌّ**) لأنَّ الأصلَ في بني آدم الحرِّيَّة، وباعتبار الدَّار وإلحاقِ النَّادرِ بالغالبِ.

قال: (**وَنَفَقَتُهُ مِنْ بَيْتِ المَالِ**) هكذا رُوِي عن عمر وعليٍّ رضي الله عنهما[1]، ولأنَّ ميراثَه لبيتِ المال، والخراجُ بالضَّمانِ، والملتقطُ متبرِّعٌ في الإنفاقِ عليه لفقدِ الولايةِ، إلَّا أن يأمرَهُ القاضِي به ليكون دَيناً عليه للولايةِ.

قال: (**فإنْ التَقَطَه رَجُلٌ: لم يَكُنْ لِغَيْرِهِ أن يَأْخُذَهُ من يَدِهِ**) لسَبقِ يدِه.

---

(١) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٣٨٤٠)، والطبراني في «المعجم الكبير» (٧/ ١٠٢) (٦٤٩٩) من قول عمر رضي الله عنه.

قال: (فإن ادَّعَى مُدَّعٍ أنَّهُ ابْنُهُ: فَالقَوْلُ قولُهُ) (ه)[1]: معناه: إذا لم يدَّعِ الملتقطُ نسبه، وهذا استحسانٌ، والقياسُ أن لا يُقبَل قوله؛ لتضمُّنه إبطالَ حقِّ الملتقطِ.

وجهُ الاستحسانِ: أنَّه إقرارٌ للصَّبيِّ بما ينفعُه؛ لأنَّه يشرفُ[2] بالنَّسبِ ويُعيَّر بفَقدِه، وقيل: يصِحُّ في حقِّه دونَ إبطالِ يدِ الملتَقطِ، ولو ادَّعاه الملتقطُ: يصحُّ قياساً واستحساناً، والأصحُّ: أنَّه على القياسِ والاستحسَانِ.

قال: (وَإِن ادَّعَاهُ اثْنَانِ وَوَصَفَ أَحَدُهُمَا عَلَامَةً في جَسَدِهِ: فهو أَوْلَى بِهِ) لأنَّ الظَّاهرَ شاهدٌ له، وإن لم يصِفْ: فهو ابنهما، وإن سبقَتْ دعوةُ أحدهما: فابنه، إلَّا إذا أقامَ الآخرُ بيِّنةً: فله؛ لأنَّ البيِّنة أقوى.

وَإِذَا وُجِدَ فِي مِصْرٍ مِنْ أَمْصَارِ الْمُسْلِمِينَ، أَوْ فِي قَرْيَةٍ مِنْ قُرَاهُمْ، فَادَّعَى ذِمِّيٌّ أَنَّهُ ابْنُهُ: ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ، وَكَانَ مُسْلِمًا، وَإِنْ وُجِدَ فِي قَرْيَةٍ مِنْ قُرَى أَهْلِ الذِّمَّةِ، أَوْ فِي بِيعَةٍ، أَوْ كَنِيسَةٍ: كَانَ ذِمِّيًّا.

وَمَن ادَّعَى أَنَّ اللَّقِيطَ عَبْدُهُ: لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ، فَإِن ادَّعَى عَبْدٌ أَنَّهُ ابْنُهُ: ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ، وَكَانَ حُرًّا.

وإِذَا وُجِدَ مَعَ اللَّقِيطِ مَالٌ مَشْدُودٌ عَلَيْهِ: فَهُوَ لَهُ، وَلَا يَجُوزُ تَزْوِيجُ الْمُلْتَقِطِ، وَلَا يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ فِي مَالِ اللَّقِيطِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَقْبِضَ لَهُ الْهِبَةَ وَيُسَلِّمُهُ فِي صِنَاعَةٍ وَيُؤَجِّرُهُ.

قال: (وَإِذَا وُجِدَ في مِصْرٍ من أَمْصَارِ الْمُسْلِمِينَ أو فِي قَرْيَةٍ من قُرَاهُمْ، فادَّعَى ذِمِّيٌّ أَنَّهُ ابْنُهُ: ثَبَتَ نَسَبُهُ منهُ، وكانَ مُسْلِمًا) لأنَّه صحَّتْ دعوتُه فيما ينفعُهُ، وهو النَّسبُ، لا فيما يضرُّه، وهو إبطالُ الإسلامِ الثَّابتِ بالدَّارِ.

---

(١) انظر: «الهداية» (٢/ ٤١٥).

(٢) في (ص) و(ف): «يتشرف».

قال: (**وإنْ وُجِدَ في قَرْيَةٍ مِن قُرَى أَهْلِ الذِّمَّةِ، أو فِي بِيعَةٍ أو كَنِيسَةٍ: كان ذِمِّيًّا**) تبعاً للدَّارِ، وهذا إذا كان الواجدُ ذمِّيًّا، وإن كانَ مسلماً: ففي روايةِ ابن سماعةَ عن محمَّدٍ: يُعتبَر الواجدُ تبعاً لليدِ ونظراً للصَّغيرِ، وكذا إذا[1] وجدَهُ ذمِّيٌّ في مكانِ المسلمين، وفي بعضِ النُّسخِ: يُعتبَر المكانُ فيهما.

قال: (**ومَن ادَّعَى أنَّ اللَّقِيطَ عَبْدُهُ: لم يُقْبَلْ منهُ**) لأنَّه حرٌّ ظاهراً، إلَّا أنْ يُقيم بيِّنةً أنَّه عبدُه.

قال: (**فإن ادَّعَى عَبْدٌ أَنَّهُ ابْنُهُ: ثَبَتَ نَسَبُهُ منهُ**) لأنَّه ينفعه (**وكانَ حُرًّا**) لما مرَّ أنَّه يثبتُ ما ينفعه لا ما يضرُّه، والحرُّ في دعوة اللَّقيطِ أولى من العبدِ، والمسلمُ من الذِّمِّيِّ؛ ترجيحاً للأنظرِ في حقِّه.

قال: (**وإذَا وُجِدَ مَعَ اللَّقِيطِ مَالٌ مَشْدُودٌ عليْهِ: فَهُو لَهُ**) اعتباراً للظَّاهرِ، وكذا إذا كان مشدوداً على دابَّةٍ[2] هو عليها: لم يصرفهُ الواجدُ إليه بأمرِ القاضي، وقيل: بغيرِ أمره؛ لأنَّ له ولايةَ الإنفاقِ عليه وشراء ما لا بدَّ منه كالطَّعامِ والكسوةِ.

قال: (**ولا يَجُوزُ تَزْوِيجُ المُلْتَقِطِ**) لعدم سببِ الولايةِ من القرابَةِ والملكِ والسَّلطنةِ.

قال: (**ولا يَجُوزُ تَصرُّفُهُ في مَالِ اللَّقِيطِ**) يعني: التِّجارة اعتباراً بالأمِّ.

قال: (**وَيَجُوزُ أَنْ يَقبِضَ لَهُ الهِبَةَ**) لتمحُّضه نفعاً، ولهذا يملكهُ الصَّغيرُ بنفسه.

قال: (**وَيُسَلِّمُهُ فِي صِنَاعَةٍ**).

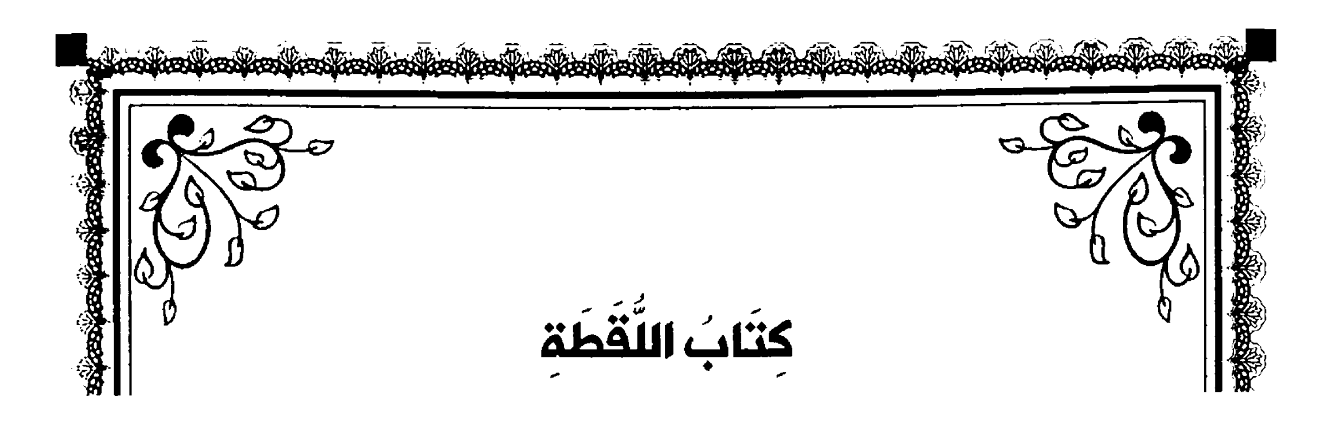
قوله: (**وَيُؤَجِّرُهُ**) نظراً له كالأمِّ.

(**جص**): ليسَ له ذلك كالعمِّ، وهو الأصحُّ؛ لأنَّه لا يملكُ إتلافَ منافعِه، ولو بلغَ فعقدَ عقوداً ثم أقرَّ بالرِّقِّ لإنسانٍ فصدَّقه: نفذَ في حقِّ نفسِه دونَ فسخِ المعقودِ، كمَن ابتاعَ عبداً ثمَّ أقرَّ بعتقه: نفذَ في حقِّه دون رجوعِهِ على بائعهِ بالثَّمن، والله أعلم.

---

(١) في (ج): «وكذا لو».

(٢) في (ج) زيادة: «على ما».



كِتَابُ اللُّقَطَةِ

اللُّقَطَةُ أَمَانَةٌ إِذَا أَشْهَدَ المُلْتَقِطُ أَنَّهُ يَأْخُذُهَا لِيَحْفَظَهَا، وَيَرُدَّهَا عَلَى صَاحِبِهَا، فَإِنْ كَانَتْ أَقَلَّ مِنْ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ: عَرَّفَهَا أَيَّامًا، وَإِنْ كَانَتْ عَشَرَةً فَصَاعِدًا: عَرَّفَهَا حَوْلًا كَامِلًا فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، وَإِلَّا: تَصَدَّقَ بِهَا، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا فَهُوَ بِالخِيَارِ: إِنْ شَاءَ أَجَازَ الصَّدَقَةَ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ المُلْتَقِطَ.

كتابُ اللُّقطةِ

الأصلُ في جوازِ اللُّقطةِ قولـه تعالـى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢]، وإنَّه مـن التَّعـاونِ، وقوله عليه السَّـلام: «مَن وجـدَ لقطَةً فليُشـهِدْ ذوي عَـدلٍ لا يكتمُ ولا يغيِّر[١]»[٢].

قال: (**اللُّقَطَةُ أَمَانَةٌ إذا أَشْهَدَ المُلْتَقِطُ أَنَّهُ يَأْخُذُهَا لِيَحْفَظَهَا، وَيَرُدَّهَا على صَاحِبِهَا**) لأنَّ الآخذَ على هذا الوجهِ مأذونٌ شرعاً، بل هو الأفضلُ عندَ عامَّة العلماءِ، والواجبُ إذا خافَ الضَّياعَ، وإذا كان آخذُه مأذوناً لا يكون المأخوذُ مضموناً، وكذا إذا تصادَقا أنَّه أخذها للمالكِ؛ لأنَّ تصادقهما حجَّةٌ في حقِّهما، ولو أقرَّ أنَّه أخذهُ لنفسه: يضمنُ إجماعاً؛ لأنَّه أخذ مالَ الغيرِ بغير إذنهِ وإذنِ الشَّرع.

---

(١) «لا يكتم ولا يغير»: ليس في (ج).

(٢) رواه أبـو داود (١٧٠٩)، والنسـائي فـي «السـنن الكبـرى» (٥٩٦٨)، وابـن أبـي شـيبة فـي «مصنفـه» (٢١٦٤٢)، وأحمـد فـي «مسـنده» (١٧٤٨١)، وابـن ماجـه (٢٥٠٥) مـن حديـث عيـاض بـن حمار رضـي الله عنه.

(هـ ك)[1]: وإن لم يشهَد وقال: أخذتهُ للمالك وكذَّبه المالكُ: يضمنُ عندهما، وقال أبو يوسُف: لا يضمنُ، والقولُ قوله؛ لأنَّ الظَّاهر اختيارُ الحسبةِ.

ولهما: أنَّه أقرَّ بسبب الضَّمان ـ وهو أخذُ مالِ الغير ـ ثمَّ ادَّعى ما يُبرئه ووقعَ الشَّكُّ فيه فلا يبرأُ، وذكر في بعضِ الشُّروحِ قولَ محمَّدٍ مع قولِ[2] أبي يوسفَ، ويكفيهِ في الإشهادِ أن يقول: مَن سمعتموهُ يُنشِدُ لقطةً[3] فدلُّوه عليَّ.

(جت): إذا قال: عندي لقطةٌ، أو مَن سمعتموه ينشدُ ضالَّةً فدلُّوه عليَّ: فهو إشهادٌ، وقيل: إذا اعتقدَ مع الإشهادِ أنَّه يأخذُه لنفسِه: ضمنَ ديانةً، وإن كانَ من عزمه التَّعريف مع تركِ الإشهادِ: لا يضمنُ.

قال: (**فإنْ كانَتْ أقَلَّ من عَشَرَةِ دَرَاهِمَ: عَرَّفَهَا أيَّامًا، وإن كَانَتْ عَشَرَةً فَصَاعِدًا: عَرَّفَهَا حَوْلًا كَامِلًا**) وهو روايةٌ عن أبي حنيفَة رحمه الله، وقوله: أيَّاماً؛ يعني: على حسَب ما يرى، وقدَّره محمَّدٌ في «الأصل»[4] بالحولِ من غير تفصيلٍ بين القليلِ والكثير، وبه مالكٌ[5] والشَّافعيُّ[6] رحمهما الله؛ لقوله عليه السَّلام: «مَن التقط شيئاً فليُعرِّفه سنةً»[7].

وجه الأوَّل: أنَّ أُبيًّا وجد مائة دينارٍ فقال عليه السَّلام: «عرِّفها حولاً، ثم إن لم

---

(١) انظر: «الهداية» (٢/ ٤١٧).

(٢) «قول»: ليس في (ج).

(٣) في (ش): «ضالة».

(٤) انظر: «الأصل» للشيباني (٩/ ٥٠٦).

(٥) انظر: «البيان والتحصيل» (١٥/ ٣٥٥).

(٦) انظر: «الحاوي الكبير» (٨/ ٣).

(٧) رواه الدارقطني في «سننه» (٤٣٨٩)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

يجِئ صاحِبُها فاخلطها بمالكَ»[١]، ورُوي «فانتفعْ بها»[٢]، والعشرةُ وما فوقها في معناه في تعلُّق القطعِ به في السَّرقةِ، وتعلُّق استحلال الفرجِ به لا ما دونَ العشرةِ، وأمر عليًّا أن يُعرِّفَ اللُّقطةَ ثلاثة أيَّامٍ[٣]، فحملناهُ على ما دونَ العشرةِ.

(شس): به، وعن أبي حنيفَةَ رحمه الله: اللُّقطةُ إذا كانت مائةً عرَّفها حولاً، وإذا كانت عشرةً: عرَّفها شهراً، وفي ثلاثةِ دراهمَ جمعةً، وفي درهمٍ ثلاثة أيَّامٍ، وفي دانقٍ يوماً، وفي تمرةٍ تصدَّق في مكانِه.

(هـ)[٤]: وقيل: الصَّحيحُ أنَّ شيئاً من هذه المقاديرِ ليس بلازمٍ ويُفوَّضُ إلى رأي الملتَقطِ يُعرِّفها إلى أن يغلبَ على ظنِّه أنَّ صاحبَها لا يطلبهَا بعدَهُ: ثمَّ يتصدَّق.

(ط): قالوا: وهذا دليلٌ على أنَّ مَن وجدَ لقطةً فأشهدَ عليها شاهدين: أنَّه يأخُذُها للمالكِ لا لنفسِه أنَّه يكفِي، ويكونُ ذلك تعريفاً.

قلت: ولا بدَّ من معرفةِ التَّعريفِ.

(سبج)[٥]: التَّعريفُ إنَّما يكون على أبوابِ المساجدِ والأسواقِ.

---

(١) رواه مسلم (١٧٢٣) وفيه: «وإلا فهي كسبيل مالك».

وروى نحو اللفظ المذكور البخاري (٤٩٨٦)، وابن ماجه (٢٥٠٤) من حديث زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه.

(٢) رواه النسائي في «السنن الكبرى» (٥٧٩٠)، وأحمد في «المسند» (٢١١٦٨) من حديث أبي بن كعب رضي الله عنه.

(٣) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (٢٠٢٥٣)، والبزار في «كشف الأستار» (١٣٦٨)، وأبو يعلى في «مسنده» (١٠٧٣). وانظر: «نصب الراية» (٣/ ٤٧٠).

(٤) انظر: «الهداية» (٢/ ٤١٧).

(٥) في (ش) و(ف): «سح».

(ك): يقولُ في الأسواقِ والمشاهد[1]: مَن ضاعَ له شيءٌ فليطلبْ عندي، وإن كانَ شيئاً لا يبقَى: يعرِّفه بقدرِ ما يرى.

(هـ)[2]: فإذا خافَ الفسادَ: تصدَّقَ به وينبغِي أن يُعرِّفها في الموضعِ الذي أصَابَها؛ فإنَّه أقربُ إلى الوصُولِ إلى صاحبِها، وما لا يطلبُها صاحبُها غالباً كالنَّواة وقشورِ الرُّمَّان يكون إلقاؤهُ إباحةً: فجازَ الانتفاعُ به من غير تعريفٍ، ولكنَّه مبقًى على ملكِ مالكها؛ لأنَّ التَّمليكَ من المجهولِ لا يصحُّ.

قلت: وتعرف فيه واقعةً ابتُلي بها المساكينُ والأراملُ أنَّ السَّنابلَ التي تبقَى في الكُرْد[3] بعد رفعَ الحصادِ مبقاةٌ على ملكِ مالكها، فمتى نهاهُم يحرمُ التقاطُها، ويجبُ عليهم ردُّها إذا كانت لها قيمةٌ، ومتى التقطَها فلهُ أخذها منهم.

(جع): التَّعريفُ إلى وليِّ الصَّبيِّ والوارثِ.

قال: (**فإنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، وإلَّا: تَصَدَّقَ بِهَا**) إيصالاً للحقِّ إلى المستحقِّ بقدرِ الإمكانِ، وذلك بإيصال عينِها عند الظَّفرِ بصاحِبها وإيصالِ العوضِ، وهو الثَّوابُ باعتبارِ إجازةِ التَّصدُّق.

قال: (**وإنْ جَاءَ صَاحِبُهَا: فَهُوَ بِالخِيَارِ: إنْ شَاءَ أَجازَ[4] الصَّدَقَةَ، وإنْ شَاءَ ضَمَّنَ المُلْتَقِطَ**) وإن شاء ضمَّن الفقير، والأصلُ فيه ما رُوي: «أنَّ ابن مسعودٍ اشترى جاريةً بتسعمائةٍ، فذهبَ صاحبُها فلم يقدرْ عليه فتصدَّق بالثَّمنِ وقال: الأجرُ لصاحبِهِ إن

---

(١) في (ش): «المساجد».

(٢) انظر: «الهداية» (٢/ ٤١٨ ـ ٤١٨).

(٣) أي: العنق.

(٤) في (ج): «شاء أمضى».

رضيَ، وإنْ أبى فالأجرُ لنا وعلينا الضَّمان، ثمَّ قال: وهكذا يفعل باللُّقطة»[١]، ولأنَّ الصَّدقةَ لم تحصلْ بإذنِ المالكِ فتوقَّفت على إجازتهِ، والملكُ يثبتُ للفقيرِ قبلَ الإجازةِ فلا تتوقَّفُ الإجازةُ على قيامِ المحلِّ، بخلاف بيعِ الفضُوليِّ؛ لثبوتهِ بعدَ الإجازةِ، وله: أن يأخُذَها من الفقيرِ إن كانَ قائماً؛ لأنَّه عيَّن ملكَه، وإلَّا فله تضمينُه وإن حصلَ التَّصدُّق بإذن الشَّرعِ؛ لأنَّه أخذَه بغيرِ إذنِ المالكِ، كتناولِ مالِ الغير حالَ المخمصَةِ، ومتى ضمَّنَ أحدَهما: لا يرجعُ على صاحبِهِ بشيءٍ.

وَيَجُوزُ التِقَاطٌ فِي الشَّاةِ وَالبَقَرَةِ وَالبَعِيرِ، فَإِنْ أَنْفَقَ المُلْتَقِطُ عَلَيْهَا بِغَيْرِ إِذْنِ الحَاكِمِ: فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ وَإِنْ أَنْفَقَ بِأَمْرِهِ: كَانَ دَيْنًا عَلَى صَاحِبِهَا، وَإِذَا رَفَعَ ذَلِكَ إِلَى الحَاكِمِ؛ نَظَرَ فِيهِ: فَإِنْ كَانَ لِلْبَهِيمَةِ مَنْفَعَةٌ: آجَرَهَا، وَأَنْفَقَ عَلَيْهَا مِنْ أُجْرَتِهَا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مَنْفَعَةٌ، وَخَافَ أَنْ تَسْتَغْرِقَ النَّفَقَةُ قِيمَتَهَا: بَاعَهَا، وَأَمَرَ بِحِفْظِ ثَمَنِهَا، وَإِنْ كَانَ الأَصْلَحُ الإِنْفَاقَ عَلَيْهَا: أَذِنَ لَهُ فِي ذَلِكَ، وَجَعَلَ النَّفَقَةَ دَيْنًا عَلَى مَالِكِهَا، وإِذَا حَضَرَ فَلِلْمُلْتَقِطِ أن يَمْنَعَهُ مِنْهَا حَتَّى يَأْخُذَ النَّفَقَةَ.

قال: (**وَيَجُوزُ الْتِقَاطٌ**[٢] **في الشَّاةِ والْبَقَرَةِ والْبَعِيرِ**) وقال مالكٌ[٣] والشَّافعيُّ[٤] رحمهما الله: إذا وجدَ البقرَ والبعير والفرسَ في الصَّحراء فالتَّرك أفضلُ؛ لأنَّ الأصلَ في أخذِ مالِ الغيرِ الحرمةُ، وإنَّما أُبيحَ مخافةَ الضَّياعِ، فإذا كانَ معها ما يدفعُ عن نفسِها يقلُّ الضَّياع، لكنَّه يتوهَّم فيقتَضِي الكراهةَ.

---

(١) رواه محمد في «الأصل» (٩/ ٥٠٥/ قطر).

(٢) في (ج): «الالتقاط».

(٣) انظر: «الرسالة» للقيرواني (ص: ١٢٠).

(٤) انظر: «الأم» (٤/ ٦٨).

ولنا: أنَّها[1] لقطةٌ يُتوهَّمُ ضياعُها، فيستحبُّ أخذُها وتعريفُها محافظةً على أموالِ النَّاس، كما في الشَّاة.

قال: (**فإنْ أنْفقَ الْمُلْتَقِطُ عليهَا بِغَيْرِ إذْنِ الحَاكِمِ: فهو مُتبَرِّعٌ**) لعَدمِ ولايتِه على المالكِ.

قال: (**فإنْ أنْفقَ بِأَمْرِهِ: كَانَ دَيْنًا على صَاحِبِهَا**[2]) لأنَّ للقاضِي ولايةً في مالِ الغائبِ نظراً له، وقد يكون النَّظرُ في الإنفاقِ.

قال: (**وَإذَا رَفَعَ ذلكَ إلى الحَاكِمِ: نَظَرَ فيهِ، فإنْ كانَ لِلْبَهِيمَةِ مَنْفَعَةٌ: آجَرَهَا، وأَنْفَقَ عليهَا مِن أُجْرَتِهَا**) لأنَّ فيه إبقاء العينِ على مالكِها مِن غيرِ إلزامِ دينٍ عليه، وكذلكَ يفعلُ بالعبدِ الآبقِ.

قال: (**وإنْ لم يَكُنْ لهَا مَنْفَعَةٌ وخَافَ أنْ تَسْتَغْرِقَ النَّفَقَةُ قِيمَتَهَا: بَاعَهَا، وأَمَرَ بِحِفْظِ ثَمَنِهَا**) إبقاءً له معنًى عندَ تعذُّرِ إبقائِه صُورةً.

قال: (**فإنْ كانَ الأَصْلَحُ الإِنْفَاقَ عليهَا: أَذِنَ لهُ فِي ذلكَ وجعَلَ النَّفَقَةَ دَيْنًا عَلى مَالِكِهَا**) نظراً للجانبينِ.

(هـ)[3]: وقالوا: إنَّما يأمرُ بالإنفاقِ يومين أو ثلاثةً على قدرِ ما يرى رجاءَ أن يظهرَ مالكَها، فإذا لم يظهَر: يأمرُ ببيعِها؛ لأنَّه قد تستأصِلُها النَّفقةُ الدَّارَّة فيعود النَّظرُ ضرراً، وفي الأصلِ شرطٌ.

إقامة البيِّنة وهو الصَّحيحُ، لأنَّه يحتملُ أن يكونَ غصباً في يدِه، فلا يُأمرُ فيه بالإنفاقِ، وإنما يُأمرُ في الوديعةِ، فلا بدَّ من البيِّنة لكشفِ الحالِ لا للقضاءِ، فإن قال: لا

---

(١) في (ج): «أنه».

(٢) في (ج): «صاحبه».

(٣) انظر: «الهداية» (٢/ ٤١٨).

بيِّنَةَ لي، يقولُ له القاضي: أنفِقْ عليه إن كنتَ صادقاً فيما قلتَ حتى يرجِعَ على مالكِها إن كانَ صادقاً. ولا يرجعُ إن كانَ غاصباً.

وقولـه: «وجعـلَ النَّفقـةَ ديناً على مالكِها» إشـارةٌ إلى أنَّه إنما يرجِـعُ على المالك بعدمـا حضَرَ ولم يبعِ اللُّقَطةَ إذا شـرَطَ القاضِـي الرجوعَ عليه، وهو أصـحُّ الروايتينِ.

قال: **(وإذَا حَضَرَ فَلِلْمُلْتَقِطِ أن يَمْنَعَهُ منها حَتَّى يَأْخُذَ النَّفَقَةَ)** لأنَّه حيِيَ بنفقتِه، فأشبهَ المبيعَ والآبِقَ بعد الردِّ، ولو هلكَتْ في يده قبلَ الحبس لا يسقُطُ دَينُ النفقة، ويسقُطُ بعد الحبسِ كالرهن.

وَلُقَطَةُ الحِلِّ وَالحَرَمِ: سَوَاءٌ، وَإِذَا حَضَرَ رَجُلٌ وَادَّعَى أَنَّ اللُّقَطَةَ لَهُ: لَمْ تُدْفَعْ إِلَيْهِ حَتَّى يُقِيمَ البَيِّنَةَ، فَإِنْ أَعْطَى عَلَامَتَهَا: حَلَّ لِلْمُلْتَقِطِ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَيْهِ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ فِي القَضَاءِ.

قـال: **(ولُقَطَـةُ الحِـلِّ والحَـرَمِ: سَـوَاءٌ)** وقـال الشـافعيُّ رحمـه الله[1]: يجـبُ التعريـفُ فـي لُقَطةِ الحـرمِ إلا أن يجيءَ صاحبُها؛ لقوله عليه السـلام فـي الحرمِ: «ولا يحِـلُّ لُقطتُها إلا لمنشِـدِها»[2]، ولنـا قولهُ عليه السـلام: «اعرِفْ عِفاصَهـا ووِكاءَها ثم عرِّفْهـا سـنةً»[3] مـن غير فصـلٍ، ولأنَّهما يسـتويان في المِلْـك، وتأويلُ مـا روي أنَّه لا يحِـلُّ الالتقـاطُ إلا للتَّعريـف، والتخصيـصُ بالحـرمِ لبيان أنَّـه لا يسـقُطُ التعريفُ فيه لمكانِ أنَّـه للغربـاء ظاهراً.

---

(١) انظر: «منهاج الطالبين» (ص: ١٧٥).

(٢) رواه البخاري (١١٢)، ومسلم (١٣٥٥) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) رواه البخاري (٢٢٤٣)، ومسلم (١٧٢٢) من حديث زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه.

قال: (**وإذَا حَضَرَ رَجُلٌ وَادَّعَى أنَّ اللُّقَطَةَ لَهُ: لَم تُدْفَعْ إليهِ حتَّى يُقِيمَ البيِّنَةَ**) لأنَّه يمتنعُ التصرُّفُ في مال غيرِه إلا بحُجَّة.

قال: (**فإنْ أَعْطَى عَلَامَتَهَا: حَلَّ لِلْمُلْتَقِطِ أنْ يَدْفَعَهَا إليهِ، ولا يُجْبَرُ على ذَلِكَ في الْقَضَاءِ**) وقال مالكٌ[١] والشافعيُّ رحمهما الله[٢]: يُجبر، والعلامةُ مثلُ أن يسمِّيَ وزنَ الدراهم وعددَها ووِكاءَها ووِعاءَها، لهما: أنَّ الملتقِطَ ينازعُه في اليد ولا ينازِعُه في الملك، فتشترطُ العلامةُ لوجودِ المنازعةِ من وجهٍ، ولا يشترَطُ البيِّنةُ لعدمِ المنازعةِ من وجهٍ، ولنا: أنَّ اليدَ حقٌّ مقصودٌ كالملك، فلا يُستحَقُّ إلا ببيِّنةٍ اعتباراً بالملك، لكنه يحِلُّ له الدفعُ عند العلامةِ، لقولِهِ عليه السلام: «فإن جاء صاحبُها وعرَفَ عِفاصَها وعددَها فادفَعْها إليه»[٣] وهذا للإباحةِ عملاً بالمشهورِ، وهو قولُه عليه السلام: «البيِّنةُ على المدَّعِي»[٤] ويأخذُ منه كفيلاً إذا دفعَها إليه استيثاقاً إجماعاً؛ لأنَّه يأخذُ الكفيلَ لنفسِه، بخلافِ التَّكفيلِ[٥] لوارثٍ غائبٍ عنده، وإذا صدَّقَه قيل: لا يُجبرُ على الدفعِ كالوكيل يقبِضُ الوديعةَ، وقيل: يجبَرُ لعدم ظهورِ مالكِها.

---

(١) انظر: «الجامع لمسائل المدونة» (١٨/ ١٩٦).

(٢) المذهب أنه لا يجبر إلا بإقامة البينة، أما إذا لم يقم البينة ولكن وصفها وأصاب في جميع صفاتها ووقع في نفسه أنه صادق فإنه يدفعها إليه جوازاً لا واجباً فإن امتنع لم يجبر، وبه قال أبو حنيفة رحمه الله. انظر: «الحاوي الكبير» (٨/ ٢٣)، و«المجموع شرح المهذب» (١٥/ ٢٦٩).

(٣) رواه أبو داود (١٧٠٨)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ٣٢٥) عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه.

(٤) رواه البيهقي في «السنن الكبرى» (٢١٢٠١) من حديث ابن عباس رضي الله عنه.

ورواه البخاري (٤٥٥٢)، ومسلم (١٧١١) عنه بلفظ: «اليمين على المدعى عليه». وانظر: «نصب الراية» (٤/ ٩٦).

(٥) في (ج): «التكفل».

وَلَا يَتَصَدَّقُ باللُّقَطَةِ عَلَى غَنِيٍّ، وَإِنْ كَانَ المُلْتَقِطُ غَنِيًّا: لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا، وَإِنْ كَانَ فَقِيرًا: فلا بَأْسَ بِأَن يُنْفِقَها، وَيَجُوزُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهَا إِذَا كَانَ غَنِيًّا عَلَى أَبِيهِ وَابْنِهِ وَزَوْجَتِهِ إِذَا كَانُوا فُقَرَاءَ.

قال: (**ولا يَتَصَدَّقُ باللُّقَطَةِ على غَنِيٍّ**) لقولِهِ عليه السلام: «فإنْ لم يأتِ ـ يعني: صاحبَها ـ فليتصدَّقْ به»[١]، والصَّدقةُ إنما تكونُ على الفقيرِ كالصَّدقةِ المفروضَةِ.

قال: (**وإنْ كانَ المُلْتَقِطُ غَنِيًّا: لم يَجُزْ لَهُ أنْ يَنْتَفِعَ بِهَا**) وقال الشافعيُّ رحمه الله: يجوزُ[٢]، لما مرَّ في حديثِ أُبيٍّ رضي الله عنه: «فإنْ جاءَ صاحبُها فادفَعْها إليه»[٣] وإلا فانتفعَ بها وإن كانَ غنيًّا، ولأنَّ الغنيَّ أقدرُ على أداءِ الضَّمانِ من الفقيرِ، ولنا: أنَّه مالُ الغيرِ، فلا يُباحُ الانتفاعُ به إلا برضَاه، والإباحةُ للفقيرِ بما روَيناهُ أو بالإجماعِ، فبقيَ ما وراءهُ على الأصلِ، ولأنَّ التصدُّقَ بالفقيرِ[٤] إيصالُ عوضِ مالِه إليه، وهو الثوابُ في العُقبى، بخلافِ الغنيِّ، وانتفاع أُبيٍّ كان بإذنِ الإمامِ، وهو جائزٌ بإذنِه.

قال: (**وإن كَانَ[٥] فَقِيرًا: فلا بَأْسَ بِأَن يُنْفِقَهَا**) لِما فيه من النَّظرِ للجانبين، ولهذا جازَ الدفعُ إلى فقيرٍ آخر.

---

(١) رواه الطبراني في «المعجم الأوسط» (٢/ ٣٥٣) (٢٢٠٨)، والدارقطني في «سننه» (٥/ ٣٢٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) انظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي (٤/ ٥٥٠).

(٣) تقدم قريباً.

(٤) في (ج): «على الفقير».

(٥) في (ف) و(ج) زيادة: «الملتقط».

قال: (ويَجُوزُ أن يَتَصَدَّقَ بهَا إذَا كانَ غَنِيًّا عَلى أَبِيهِ وابْنِهِ وزَوْجَتِهِ إذَا كَانُوا فُقَرَاءَ) لِما ذكرنا.

(جش ط)[١]: الغاصبُ إذا لم يظفَرْ بالمغصُوبِ منه: يمسِكهُ ما دامَ على رجاءِ وجدَانِه، فإذا أيسَ تصدَّقَ به بشرطِ الضَّمانِ إذا لم يُجزْ صاحبُه، والأحسنُ: أن يدفعَه إلى الإمامِ، وكذا اللُّقَطةُ.

(جش): في «نوادر ابن رشيد»: عن محمَّدٍ رحمه الله فيمَن أصابَ متاعاً حراماً، وأوصَى أن يُتصَدَّقَ به عن أصحابه قال: إن عَرفَ صاحبَه ردَّه إليه، وإلَّا يتصَدَّقُ بنيَّتِه، وإنْ لم يُنفذْه الورَثةُ وقالوا: مورِّثُنا أرادَ ضَررَنا، يُتصَدَّقُ منه بمقدارِ[٢] ثُلثِه.

وفي «مسائل ابن[٣] سُهيل» عن أبي بكرٍ الرازيِّ: ومَن عليه ديونٌ ومظالمُ لا يُعرفُ أربابُها، وأيسَ من العلمِ بهم، فعليه التصدُّقُ بقدْرِها من ماله، وإن استغرقَتْ جميعَ ماله، هذا مذهبُ أصحابِنا لا نعلمُ بينهم خلافاً، كمَن في يدِه عروضٌ لا يعلمُ مستَحِقَّها[٤] اعتباراً للديونِ بالأعيانِ، ومتى فعلَ ذلك سقطَ عنه مطالبةُ أصحاب الدُّيونِ في الآخرةِ.

قلتُ: وقد مرَّ بي مثلُه في «الفتاوى الظَّهيرية» في المظالمِ والديونِ التي أيسَ من وجدانِ أصحابها أنَّه يتصدَّقُ بها[٥] عن أربابِها بنيَّتِهم، ولا تلزمُه الوصيَّةُ بعدَه، والتصدُّقُ

(١) انظر: «المحيط البرهاني» (٥/ ٥١٦).

(٢) في (ج): «مقدار».

(٣) في (ش) و(ف): «أبي».

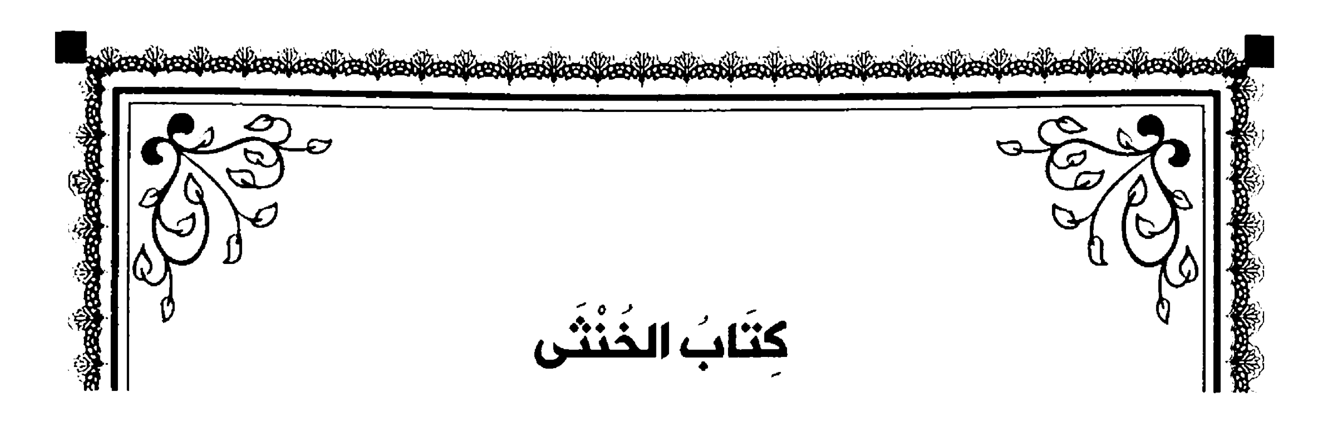
(٤) في (ف): «مستحقيها».

(٥) «بها»: زيادة من (ج).

بيدِه في زمانِنا أَولى من الدَّفعِ إلى الحاكمِ، وقد مرَّ بي في كتابِ «التوبةِ» لقاضِي القضاةِ عبد الجبَّار المتكلِّم رحمه الله: أنَّ الواجبَ فيها أن يتصدَّقَ بنفسه ولا يُلقيَه في يدِ غيره؛ لأنَّه لا يعلمُ أنَّه هل يؤدِّيها إلى مستحقِّها أم لا؟

(ق): التقطَ لقَطةً فضاعَتْ منه، ثمَّ وجدَها في يدِ غيرِه، فلا خُصومةَ بينهما بخلافِ الوَديعةِ، والله أعلم.

* * *



كِتَابُ الخُنْثَى

إذَا كَانَ لِلْمَوْلُودِ فَرْجٌ وَذَكَرٌ: فَهُوَ خُنْثَى، فَإِنْ كَانَ يَبُولُ مِنْ الذَّكَرِ: فَهُوَ غُلَامٌ، وَإِنْ كَانَ يَبُولُ مِنْ الفَرْجِ: فَهُوَ أُنْثَى، وَإِنْ كَانَ يَبُولُ مِنْهُمَا، وَالبَوْلُ يَسْبِقُ مِنْ أَحَدِهِمَا: نُسِبَ إِلَى الأَسْبَقِ، وَإِنْ كَانَا فِي السَّبْقِ سَوَاءً: فَلَا مُعْتَبَرَ بِالكَثْرَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، وقَالَا: يُنْسَبُ إِلَى أَكْثَرِهِمَا بَوْلًا.

كِتَابُ الخُنْثَى

قال: (إِذَا كَانَ لِلْمَوْلُودِ فَرْجٌ وذَكَرٌ: فهو خُنْثَى، فإِنْ كانَ يَبُولُ مِن الذَّكَرِ: فهو غُلَامٌ، وإِنْ كانَ يَبُولُ مِن الفَرْجِ: فهُو أُنْثَى) لحديثِ ابن عباسٍ رضي الله عنهما أنَّه قال: سُئلَ النبيُّ عليه السلام عنه كيف يورَّثُ، فقال: «مِن حيثُ يبولُ»[١]، وعن عليٍّ[٢] وجماعةٍ من السلَفِ مثلُه[٣]، ولأنَّ البولَ منه دليلٌ على أنَّه العضوُ الأصليُّ.

قال: (فإن كانَ يَبُولُ مِنهُمَا، والبَوْلُ يَسْبِقُ من أَحَدِهِمَا: نُسِبَ إلى الأَسْبَقِ) لأنَّ ابتدارَه إليه علامةٌ ظاهرة أنَّه المجرى الأصليُّ، والانصرافُ عنه يعارضُ العيبِ.

قال: (فإنْ كَانَا في السَّبْقِ سَوَاءً: فلا مُعْتَبَرَ بِالكَثْرَةِ عندَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله،

---

(١) رواه محمد في «الأصل» (٩/ ٣٢١/ قطر).

(٢) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (٨/ ٣٨٩)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٧/ ٣٤٢).

(٣) رواه محمد في «الأصل» (٩/ ٣٢٢/ قطر) عن جابر بن زيد، وابن المسيب. وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٧/ ٣٤٢) عنهما وعن الحسن.

وقـالا: يُنْسَـبُ إلـى أَكْثَرِهِمَـا بَـوْلًا) لأنَّـه علامـةُ قوةِ ذلـك العضـو، وقوتُه تـدلُّ على أصالتِـه، ولأنَّ للأكثـرِ حُكمَ الكلِّ في الشـرعِ، فيترجَّـحُ بالكثرةِ، ولـه أنَّ كثرةَ الخروجِ قـد تكـونُ لاتِّسـاعِ المخرجِ، وحُكـيَ: أنَّ أبـا حنيفةَ رحمـه الله قال لأبي يوسُـفَ: هل رأيـتَ قاضياً يـزِنُ البولَ؟

وَإِذَا بَلَغَ الخُنْثَى، أَوْ خَرَجَتْ لَهُ لِحْيَةٌ، أَوْ وَصَلَ إِلَى النِّسَاءِ: فَهُوَ رَجُلٌ، وَلَو ظَهَرَ لَهُ ثَدْيٌ كَثَدْيِ المَرْأَةِ، أَوْ نَزَلَ لَهُ لَبَنٌ فِي ثَدْيِهِ، أَوْ حَاضَ، أَوْ حَبِلَ، أَوْ أَمْكَنَ الوُصُولُ إِلَيْهِ مِنْ الفَرْجِ: فَهُوَ امْرَأَةٌ فَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ لَهُ إِحْدَى هَذِهِ العَلَامَاتِ: فَهُوَ خُنْثَى مُشْكِلٌ، فَإِذَا وَقَفَ خَلْفَ الإِمَامِ: قَامَ بَيْنَ صَفِّ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ.

قال: (**وَإِذَا بَلَغَ الخُنْثَى، أَوْ خَرَجَتْ له لِحْيَةٌ، أو وَصَلَ إلى النِّسَاءِ: فهوَ رَجُلٌ**) (هـ)[1]: وكذا إذا احتلَمَ احتلامَ الرجالِ، أو له ثديٌ مستوٍ؛ لأنَّها من علاماتِ الذكرانِ.

قال: (**وَلَو ظَهَرَ له ثَدْيٌ كَثَدْيِ المَرْأَةِ، أو نَزَلَ له لَبَنٌ في ثَدْيِهِ، أو حَاضَ، أو حَبِلَ، أو أَمْكَنَ الوُصُولُ إليهِ مِن الفَرْجِ: فهوَ**[2] **امْرَأَةٌ**) لأنَّها من علاماتِ النِّسوانِ.

قال: (**وإنْ لَمْ يَظْهَرْ لَهُ إِحْدَى هَذِهِ العَلَامَاتِ: فَهُوَ خُنْثَى مُشْكِلٌ**) (هـ)[3]: وكذا إذا تعارضَتْ هذه المعالمُ.

قال: (**وإذَا وَقَفَ خَلْفَ الإِمَامِ: قَامَ بَيْنَ صَفِّ الرِّجَالِ والنِّسَاءِ**) أخذاً بالأحوطِ في أمورِ الدينِ، وأن لا يحكُمَ بثبوتِ حُكمٍ وقعَ الشكُّ في ثبُوتِه، فلو تخلَّلَ الرجالَ واحتُملَ أنَّه امرأةٌ: فسدَتْ صَلاتُهم، ولو تخلَّلَ النساءَ واحتُملَ أنَّه رجلٌ: تفسدُ عليه صلاتُه إذ

---

(١) انظر: «الهداية» (٤/ ٥٤٦).

(٢) في (ف) و(ج): «فهي».

(٣) انظر: «الهداية» (٤/ ٥٤٦).

ذاك، فيحترزُ[1] عنهما، فإن قامَ في صفِّ النساءِ: يُعيدُ صلاتَه احتياطاً لاحتمالِ ذكورتِه، بخلافِ ما إذا قامَ في صفِّ الرجالِ، ويُعيدُ مَيامِنُه ومَياسِرُه ومَن خلفَه بحذائِه صلاتَهم احتياطاً لاحتمالِ أنوثتِه، ويجلِسُ في صلاتِه جلوسَ المرأةِ؛ لأنَّ السَّترَ على النساءِ واجبٌ ما أمكنَ، وإنْ صَلَّى بغيرِ قِناعٍ يؤمَرُ بإعادَتِها استحْساناً.

وَتُبْتَاعُ لَهُ أَمَةٌ تَخْتِنُهُ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ: ابْتَاعَ لَهُ الإِمَامُ مِنْ بَيْتِ المَالِ، فَإِذَا خَتَنَتْهُ: بَاعَهَا الإِمَامُ، وَرَدَّ ثَمَنَهَا فِي بَيْتِ المَالِ.

وإنْ ماتَ أَبُوهُ، وخَلَّفَ ابْنًا وخُنْثَى: فَالمَالُ بَيْنَهُمَا عند أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله: لِلابْنِ سَهمَانِ، وَلِلْخُنْثَى سَهْمٌ، وهو أُنْثَى عِنْدَهُ في المِيرَاثِ إِلَّا أَنْ يَثْبُتَ غَيْرُ ذَلِكَ، وقالا: لِلْخُنْثَى نِصْفُ مِيرَاثِ الذَّكَرِ ونِصْفُ مِيرَاثِ أُنْثَى، وهو قَوْلُ الشَّعْبِيِّ، واخْتَلَفَا في قِيَاسِ قَوْلِهِ، قال محمَّدٌ: المالُ بينَهُما على اثنَي عشَرَ سَهْماً للابْنِ سبعةٌ وللخُنْثَى خمْسَةٌ، وقالَ أَبو يوسُفَ: المَالُ بَيْنَهُمَا على سَبْعَةِ أَسْهُمٍ لِلابْنِ أَرْبَعَةٌ، ولِلْخُنْثَى ثَلَاثَةٌ.

قال: (**وتُبْتَاعُ لَهُ أَمَةٌ تَخْتِنُهُ إنْ كَانَ لهُ مَالٌ**) لأنَّه يُباحُ لمملوكتِه النظرُ إليه (هـ شـق)[2]: رجلاً كان أو امرأةً، قلتُ: وفيه إشكالٌ؛ لأنَّه لا يجوزُ للمملوكةِ النظرُ إلى فرْجِ مَولاتِها، لكنَّ الضَّرورةَ مسَّتْ إليه، وخِتانُ مملوكتِه أهونُ الأمرَين لإباحَةِ النَّظرِ إليه على أحدِ التقديرَين.

قال: (**وإنْ لم يَكُنْ لهُ مَالٌ: ابْتَاعَ لهُ الإِمَامُ مِن بَيْتِ المَالِ**) لأنَّه أُعدَّ لنَوائبِ المسلمين.

قال: (**فَإِذَا خَتَنَتْهُ: بَاعَهَا الإِمَامُ، وَرَدَّ ثَمَنَهَا فِي بَيْتِ المَالِ**) لاستغنائِه عنها.

---

(١) في (ج): «فتحذر».

(٢) انظر: «الهداية» (٤/ ٥٤٧).

(هـ)[١]: ويكرَهُ له لبسُ الحريرِ والحليِّ، وأنْ ينكشِفَ قدَّامَ الرجالِ أو النِّساءِ، وأن يخلوَ به غيرُ محرَمٍ من رجلٍ أو امرأةٍ، وأنْ يسافِرَ من غَيرِ محرَمٍ من الرجالِ توقِّياً عن احتمالِ المحرَمِ، وإنْ أحرَمَ وقد راهَقَ قالَ أبو يوسُفَ: لا علمَ لي في لبَاسِه[٢]، وقال محمَّدٌ رحمه الله: يلبسُ لِباسَ المرأةِ، ولا شيءَ عليه؛ لأنَّه لم يبلُغْ.

ولو قال لأمَتِه[٣]: أولُ غُلامٍ تلِدينَه حرٌّ، فولَدَت خُنثَى لا يَعتقُ حتى يستبينَ أمرُه، وكذا لو قال: كلُّ غلامٍ لي، أو قال: كلُّ أمَةٍ لي، ولو قال: كلُّ غلامٍ وأمَةٍ لي حرٌّ عتَقَ للتيقُّنِ بأحدِ الوصفَين، ولو قال الخنثى: أنا رجلٌ، أو قال: أنا امرأةٌ، لم يُقبَلْ قولُه إذا كان مشكِلاً؛ لأنَّ دعواه تخالِفُ الدليلَ، فإن لم يكنْ مشكِلاً ينبغِي أن يُقبلَ؛ لأنَّه أعلمُ بحالِه، وإنْ ماتَ قبلَ تبيُّنِ حالِه لم يغسِلْه رجلٌ ولا امرأةٌ، وييمَّمُ بالصعيدِ لتعذُّرِ غَسلِه، وإن سُجِّيَ قبرُه فهو أحبُّ، ويُجعلُ الخنثى الميِّتُ في صلاتِه خلفَ الرجلِ وأمامَ المرأةِ، وإذا دُفنَ معَ رجلٍ في قَبرِه لعُذرٍ يؤخَّرُ عنه، ومعَ امرأةٍ يقدَّمُ عليها، ويحجزُ بينهما بصعيدٍ، والأحبُّ أن يكفَّنَ تكفينَ المرأةِ في خمسةِ أثوابٍ؛ إذ لا بأسَ بالزِّيادةِ على الثلاثةِ[٤] في حقِّ الرجلِ.

قال: (وإنْ ماتَ أَبُوهُ، وخَلَّفَ ابْنًا وخُنْثَى: فَالمَالُ بَيْنَهُمَا عندَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله: لِلابْنِ سَهْمَانِ، وَلِلْخُنْثَى سَهْمٌ، وهو أُنْثَى عِنْدَهُ في المِيرَاثِ إِلَّا أنْ يَثْبُتَ غَيْرُ ذَلِكَ، وقالا: لِلْخُنْثَى نِصْفُ مِيرَاثِ الذَّكَرِ[٥] ونِصْفُ مِيرَاثِ أُنْثَى، وهو قَوْلُ الشَّعْبِيِّ، واخْتَلَفَا في قِيَاسِ

---

(١) انظر المصدر السابق.

(٢) في (ج): «بلباسه».

(٣) في (ج): «لأمة».

(٤) في (ش) و(ف): «الثلاث».

(٥) في (ف) و(ج): «ذكر».

قَوْلِهِ، قال محمَّدٌ: المالُ بينَهُما على اثنَي عشَرَ سَهْماً للابْنِ سبعَةٌ وللخُنْثَى خمسَةٌ، وقالَ أَبُو يوسُفَ: المَالُ بَيْنَهُمَا على سَبْعَةِ أَسْهُمٍ لِلابْنِ أَرْبَعَةٌ، ولِلْخُنْثَى ثَلَاثَةٌ) وقال الشافعيُّ رحمه الله[1]: للخُنثَى أقلُّهما، وتوقَفُ الزيادةُ على نصيبِه حتى يتبيَّنَ أمرَه أو يصطلِحَ مع الورثَةِ، وقالَ في هذِه المسألةِ: للخُنثَى الثُّلثُ وللابنِ النصفُ ونصفُ السدُسِ، ويوقَفُ بقيَّتُه أخذاً بالاحتياطِ، وجهُ قولِ أبي حنيفَةَ رحمه الله: إنا تيقَّنَّا بأقلِّ النَّصِيبَين، وشكَكْنا في الزِّيادةِ، والمالُ لا يجبُ بالشَّكِّ.

وقوله: «إلَّا أن يثبُتَ غيرُ ذلك» يحتملُ أن يريدَ: إلا أن تثبُتَ ذكورتُه، ويحتملُ أن يريدَ به وهو الأظهرُ: إلا أن يثبُتَ أنَّ للذكرِ أقلَّ النصيبَين، فيُقدَّرُ ذكَراً كمَنْ ماتت عن زوجٍ وأمٍّ وخُنثى لأبٍ وأمٍّ أو لأبٍ، فلو كان ذكَراً فله ما بقيَ وهو السدُسُ، وإن كانَ أنثى فلها النِّصفُ، وجهُ قولِ أبي يوسُفَ أنَّ الابنَ لو انفردَ يستحِقُّ كلَّ المالِ، والخنثَى لو انفردَ يستَحِقُّ ثلاثَةَ أرباعه، فعندَ الاجتماعِ يضربُ كلُّ واحدٍ منهما بقدْرِ حقِّه، الابنُ بأربعةٍ، والخنثَى بثلاثَةٍ، أو يقول: إن كانَ ذكراً فله سهمٌ، وللابنِ سهمٌ، وإن كانَ أنثى فلهُ نصفُ سَهمٍ، وللابنِ سهمٌ، فللخُنثَى سهمٌ ونصْفٌ في الحالَين، فيُعطَى نصفَ ذلك، وهو ثلاثةُ أرباعِ سهمٍ، وللابنِ سهمٌ تامٌّ، وهو أربعةٌ، فكانت سبعةٌ.

ولمحمدٍ: أنَّ الخُنثى لو كانَ ذكراً فالمالُ بينهما نصفان، ولو كانَ أنثى فأثلاثاً، فخُذْ مخرجَ النصفِ والثُّلثِ، وذلك ستةٌ، فللخُنثى سهمان في حالٍ وثلاثةٌ في حالٍ، فسهمان تتناولهُ بيقينٍ، والثالثُ يثبُتُ في حالٍ دونَ حالٍ فيتنصَّفُ، فيكونُ له سهمانِ ونصفٌ، فضعَّفناه ليزولَ الكسرُ، فصارَ اثني عشَرَ، للخُنثَى خمسةٌ، وللابنِ سبعةٌ، ثم إذا أردْتَ التفاوتَ بينَ التَّخريجَين فاضرِبْ أحدَ المخرَجَين في الآخرِ، السبعةُ في اثني

(١) انظر: «نهاية المطلب في دراية المذهب» (٩/ ٣٠٨).

عشَرَ، فيصيرُ أربعةً وثمانين، ثم اضرِبْ نصيبَه من السبعةِ، وذلك ثلاثةٌ في اثني عشَرَ، فيصيرُ ستةً وثلاثين، واضرِبْ أربعةً للابنِ في اثنَي عشَرَ، فيصيرُ ثمانيةً وأربعين، فهذا قسمَةُ أبي يوسُفَ، ثمَّ اضرِبْ نصيبَه من اثني عشَرَ، وذلك خمسَةٌ في المخرَجِ الآخَر وهو سبعةٌ، فيصيرُ خمسةً وثلاثين، وسبعةٌ للابن[1] في سبعةٍ، فتصيرُ تسعةً وأربعين، فنصيبُ الخنثى عندَ محمدٍ خمسةٌ وثلاثون، وعندَ أبي يوسُفَ: ستةٌ وثلاثون.

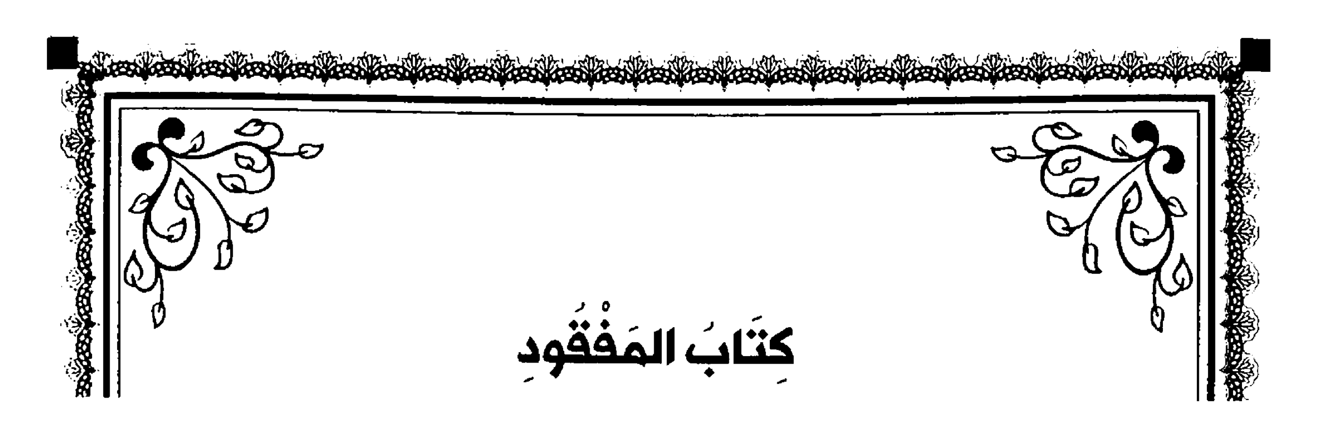
والأصوبُ ما قاله محمَّدٌ؛ لأنَّ ميراثَ الذكرِ من أربعةٍ وثمانينَ اثنان وأربعون، فنصفُها أحدٌ وعشرون، ميراثَ الأنثى منها ثمانيةٌ وعشرون، فنصفُها أربعةَ عشَر، فإذا جمعتَهما صارَ خمسةً وثلاثين، فصحَّ أنَّ نصفَ ميراثِ الذكرِ ونصفَ ميراثِ الأنثى خمسةٌ وثلاثون كما ذهبَ إليه محمدٌ لا ستةٌ وثلاثون.

ثمَّ طريقُ تخريجِ سائرِ مسائلِ الخنثى أن يُدفعَ إليه ما يثبُتُ له بيقينٍ، وما يثبُتُ له في حالٍ دونَ حالٍ يتنصَّفُ[2]، وإن ثبَتَ له في حالٍ دونَ حالَين أو على العكسِ، فاجعلْ أحوالَ الإصَابةِ حالةً واحدةً، وأحوالَ الحرمانِ أحوالاً على الأصحِّ.

* * *

(١) في (ف) و(ج): «الابن».

(٢) في (ص) و(ش): «فينصف».



كِتَابُ المَفْقُودِ

إذَا غَابَ الرَّجُلُ ولم يُعْرَفْ له مَوْضِعٌ، ولم يُعْلَمْ أَحَيٌّ هوَ أم مَيِّتٌ؟ نَصَبَ القَاضِي مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ، وَيَقُومُ عَلَيْهِ، ويَسْتَوْفِي حُقُوقَهُ وَيُنْفِقُ عَلَى زَوْجَتِهِ وَأَوْلَادِهِ مِنْ مَالِهِ.

وَلَا يُفَرَّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ، فَإِذَا تَمَّ لَهُ مِائَةٌ وَعِشْرُونَ سَنَةً مِنْ يَوْمِ وُلِدَ: حَكَمْنَا بِمَوْتِهِ، وَاعْتَدَّتْ امْرَأَتُهُ، وَقُسِّمَ مَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ المَوْجُودِينَ فِي ذَلِكَ الوَقْتِ، وَمَنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ: لَمْ يَرِثْ مِنْهُ، وَلَا يَرِثُ المَفْقُودُ مِنْ أَحَدٍ مَاتَ فِي حَالِ فَقْدِهِ.

كتَابُ المَفْقُودِ

قال: (إذَا غَابَ الرَّجُلُ ولم يُعْرَفْ لهُ مَوْضِعٌ، ولم يُعْلَمْ أَحَيٌّ هو أم مَيِّتٌ؟ نَصَبَ القَاضِي مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ، وَيَقُومُ عَلَيْهِ، وَيَسْتَوْفِي حُقُوقَهُ) لأنَّ للقاضِي ولايةَ حفظِ مالِ العاجزِ نظراً له، فله نصبُ الحافظِ اعتباراً بالصبيِّ والمجنونِ.

(هـ شق)[1]: له قبضُ غلَّاتِه وكلِّ دينٍ وجبَ بعقدِه أو أقرَّ به غريمُه؛ لأنَّه من الحفظِ، ولا يخاصِمُ في الدَّينِ المجحودِ الذي وجَبَ بعقدِ المفقودِ، ولا في نصيبٍ له في عقارٍ أو عروضٍ في يدِ رجلٍ؛ لأنَّه ليسَ بمالكٍ ولا نائبٍ عنه، إنما هو وكيلٌ بالقبضِ من جهةِ القاضِي، وإنه لا يملِكُ الخصُومةَ بالإجماعِ، ولو قضَى به صحَّ؛ لأنَّ القضاءَ على الغائبِ مجتهَدٌ فيه، ثمَّ ما يُخافُ عليه الفسادُ يبيعُه القاضِي نظراً لهما كاللُّقطةِ، ولا يَبيعُ ما لا يُخافُ عليه الفسادُ في نفقةٍ ولا غيرِها؛ لأنَّه لا ولايةَ له على الغائبِ إلَّا في حفظِ مالِه.

---

(١) انظر: «الهداية» (٢/ ٤٢٣).

قال: (**ويُنْفِقُ على زَوْجَتِهِ وأَوْلَادِهِ من مَالِهِ**) ومَن ينتَمِي[١] إليه بقرابةِ الوِلادِ كالآباءِ والأجدادِ دونَ القرابةِ المتوسِّطةِ والبعيدةِ إعانةً على البرِّ، والأصلُ فيه: أنَّ كلَّ مَن يستحِقُّ النفقةَ في ماله حالَ حضُورِه بغيرِ قضاءٍ ينفَقُ عليه عند غَيبتِه كالإناثِ والذُّكورِ الصِّغارِ والزَّمنى الكبارَ، وكلُّ مَن لا يستَحِقُّها في حضرتِه إلا بالقضَاءِ لا يُنفقُ عليه لتضمُّنِه القضاءَ على الغائبِ، وإنه ممتنعٌ.

(**شق ه**)[٢]: وقوله: «من ماله» أرادَ به: الدَّراهمَ والدَّنانيرَ.

قلتُ: وكذا كلُّ ما كانَ من[٣] حقِّهم من المثليَّات، وهذا إذا كانت في يدِ القاضِي[٤]، فأمَّا إذا كانت وديعةً أو دَيناً ينفقُ منها[٥] إذا أقرَّ المودِعُ والمديونُ بالقرابةِ والحقِّ، فإذا كانا ظاهرَين عندَ القاضِي أو أحدُهما لا حاجةَ إلى الإقرارِ به، وإذا لم يقِرَّ به ولم يظهَرْ عندَ القاضِي لم ينتصِبِ المودِعُ والمديونُ خصماً عن الغائبِ لعدمِ تعيُّنِ هذا المالِ لنفقتِهما، ولو اتَّفقا بغيرِ إذنِ القاضِي كانا متبرِّعَين.

قال: (**ولا يُفَرَّقُ بَيْنَهُ وبيْنَ امْرَأَتِهِ**) وقال مالكٌ رحمه الله[٦]: إذا مضَى أربعُ سنين فرَّقَ القاضِي بينهما، وتعتدُّ عن الوفاةِ، ثمَّ تتزوَّجُ بمَن شاءت، هكذا قضَى عمرُ رضي الله عنه في الذي استهواه الجنُّ بالمدينةِ[٧]، وكفى به إماماً، ولأنَّه منعَ حقَّها بالغَيبةِ، فيُفرَّقُ بعدَ

---

(١) في (ج): «انتمى».

(٢) انظر: «الهداية» (٢/ ٤٢٣).

(٣) في (ش) و(ف) زيادة: «جنس».

(٤) في (ج): «يد الغائب».

(٥) في (ش) و(ص): «عليها».

(٦) انظر: «الجامع لمسائل المدونة» (١٠/ ٦٠٩).

(٧) رواه سعيد بن منصور في «السنن» (١٧٥٤)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٦٧٢٠)، والدارقطني في «السنن» (٣٨٤٨). وله طرق وأوجه أخرى. انظر: «نصب الراية» (٣/ ٤٧١).

مدَّةٍ كالإيلاءِ والعُنَّة، ولنا قولُ عليٍّ رضي الله عنه في امرأة المفقودِ: «هي امرأةٌ ابتُلِيَت، فلتصبرْ حتى تستيقِنَ بموتٍ أو طلاقٍ»[١]، ورُوِيَ: «حتى تستبينَ موتٌ أو طلاقٌ»[٢]، ولأنَّ النِّكاحَ ثابتٌ بيقينٍ، فلا يزولُ بالشكِّ.

(شق): وعن عليٍّ رضي الله عنه في امرأةٍ نُعيَ إليها زوجُها، فتزوَّجت ثم قدِمَ الأولُ: يفرَّقُ بينها وبين الثاني، ولها المهرُ عليه بما استحلَّ من فَرجِها، ولا يقربُها الأوَّلُ حتى تنقضِيَ عدَّتُها[٣]، وهذا مذهبُنا، وعن عمرَ رضي الله عنه: أنَّ الزوجَ يُخيَّرُ إن شاءَ أخذَ مهرَها ويتركُها عندَ الآخرِ، وإن شاءَ أخذَ امرأتَه[٤]، وعن ابن أبي ليلى: رجعَ عمرُ عن ثلاثِ قضياتٍ إلى قول عليٍّ رضي الله عنه: في التي تزوَّجت في عدَّتِها، وفي المفقودِ زوجُها، وفيمن نُعيَ إليها زوجُها[٥].

قال: (فإِذَا تَمَّ له مِائَةٌ وعِشْرُونَ سَنَةً من يَوْمِ وُلِدَ: حَكَمْنَا بِمَوْتِهِ، واعْتَدَّتْ امْرَأَتُهُ وقُسِّمَ مَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ الْمَوْجُودِينَ في ذَلِكَ الْوَقْتِ) لأنَّه أقصَى ما يعيشُ المرءُ منا عادةً، وهذا روايةُ الحسَنِ عن أبي حنيفَةَ رحمه الله، وفي ظاهرِ المذهبِ: يقدَّرُ بموتِ الأقرانِ، وعن أبي يوسُفَ: مائةُ سنةٍ، وقيل: تسعون.

(هـ)[٦]: الأقيسُ: تسعون سنةً، فمتى حُكمَ[٧] بموتِه تُعتبرُ الأحكامُ المتعلِّقةُ به من ذلك الوقتِ.

---

(١) رواه محمد في «الأصل» (٩/ ٣٥٠/ قطر).

(٢) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (٧/ ٥١).

(٣) رواه أبو يوسف في «الآثار» (ص: ١٣١)، ومحمد في «الأصل» (٩/ ٣٥٢/ قطر). وروي عنه غير ذلك انظر: «مصنف عبد الرزاق» (٦/ ٢٧٦)

(٤) رواه أبو يوسف في «الآثار» (ص: ١٣٢)، ومحمد في «الأصل» (٩/ ٣٥٢/ قطر).

(٥) ذكره السرخسي في «المبسوط» (١١/ ٣٧).

(٦) انظر: «الهداية» (٢/ ٤٢٤).

(٧) في (ج): «حكمنا».

قال: (ومَن مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ: لم يَرِثْ منْهُ) لأنَّه مات قبلَ موتِه حُكماً.

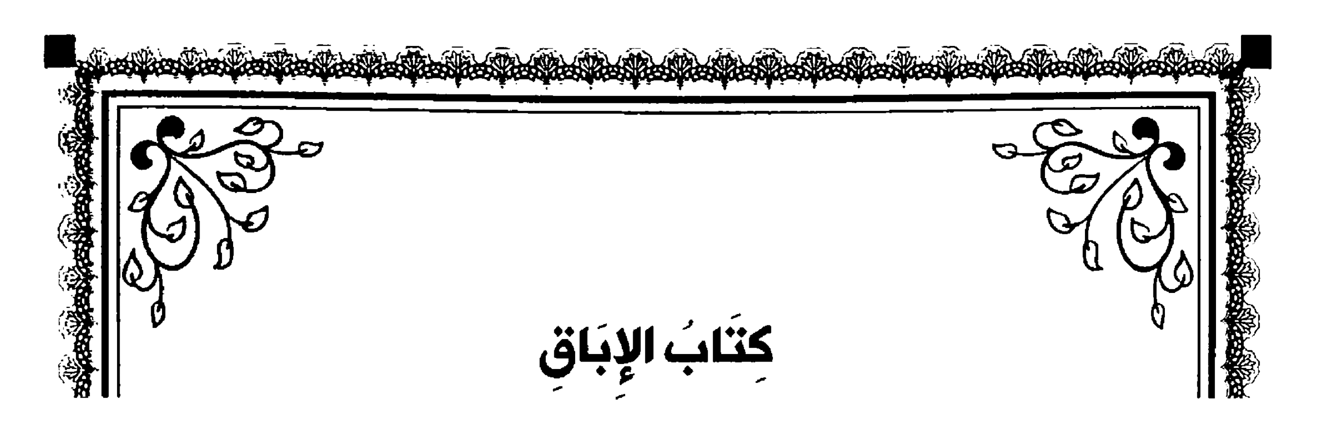
قال: (ولا يَرِثُ المَفْقُودُ من أَحَدٍ مَاتَ في حَالِ فَقْدِهِ) لأنَّ بقاءَه حيًّا باستصحابِ الحالِ، وإنه يصلُحُ حُجَّةً للدَّفع لا للاستحقاقِ؛ لمعارضَتِه بمثلِه؛ لأنَّ الاستحقاقَ لم يكُنْ، والأصلُ[1] بقاؤهُ على العدمِ، وكذا لو أوصَى للمفقودِ وماتَ الموصِي.

(هـ)[2]: ثم الأصلُ لو كان مع المفقودِ وارثٌ لا يُحجبُ به، لكن ينتقِصُ حقُّه به: يُعطى أقلَّ النَّصيبَين، وإن كانَ معه وارثٌ يُحجَبُ به: لا يُعطى أصلاً ويوقَفُ الباقي كمَنْ مات عن بنتَين وابنٍ مفقودٍ وابنِ ابنٍ والمالُ في يدِ أجنبيٍّ، وتصادَقوا على فقدِ الابنِ: يُعطى البنتان النصفَ؛ لأنَّه متيقَّنٌ، ويوقَفُ النِّصفُ، ولا يُعطَى ولدُ الابنِ لحجبِه بالمفقودِ اعتباراً بالحمْلِ، ولا يُنزَعُ مالُه من يدِ الأجنبيِّ إلَّا إذا ظهرَتْ منه خيانةٌ.

***

(١) في (ش): «الأصل» بدون واو، وفي (ف): «فالأصل».

(٢) انظر: «الأصل» (٢/ ٤٢٤ ـ ٤٢٥).



كِتَابُ الإِبَاقِ

إِذَا أَبَقَ المَمْلُوكُ، فَرَدَّهُ رَجُلٌ عَلَى مَوْلَاهُ مِنْ مَسِيرَةِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا: فَلَهُ عَلَيْهِ جُعْلٌ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا، وَإِن رَدَّهُ لأَقَلَّ من ذَلِكَ: فَبِحِسَابِهِ، وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ من أَرْبَعِينَ: يَقضِي لَهُ بِقِيمَتِهِ إِلَّا دِرْهَمًا، وَإِنْ أَبَقَ مِن الَّذِي رَدَّهُ: فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُشْهِدَ إِذَا أَخَذَهُ أَنَّه يَأْخُذُهُ لِيَرُدَّهُ، فَإِنْ كَانَ رَهْنًا: فَالْجُعْلُ عَلَى الْمُرْتَهِنِ.

كتَابُ الإِبَاقِ

أخذُ الآبِقِ أفضلُ من تركِه في حقِّ مَن يقوى عليه؛ لِما فيه من إحيائِهِ، وأمَّا الضالُّ: فقيل كذلك، وقيل: تركُه أفضلُ، لأنَّه لا يبرَحُ مكانَه، فيجِدُه المالكُ، ولا كذلك الآبِقُ، ثمَّ أخذُ الآبِقِ يأتي به السلطانُ؛ لأنَّه لا يقدِرُ على حفظِه بنفسِه، بخلافِ اللُّقَطةِ، ثمَّ إذا رجعَ الآبقُ إليه يحبِسُه؛ لأنَّه لا يؤمَنُ الإباقُ ثانياً بخلافِ الضالِّ.

قال: (**إِذَا أَبَقَ المَمْلُوكُ، فَرَدَّهُ رَجُلٌ على مَوْلَاهُ من مَسِيرَةِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا: فلهُ عَلَيْهِ جُعْلٌ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا، وَإِن رَدَّهُ لأَقَلَّ من ذَلِكَ: فَبِحِسَابِه**) استحساناً، ولا شيءَ له قياساً إلا بالشرط كالضالِّ، وبه الشافعيُّ رحمه الله[1]، ولنا: اتِّفاقُ الصَّحابةِ على وجوبِ أصلِ الجُعل، لكن منهم مَنْ أوجَبَ أربعين، ومنهم دونَه، فأوجبنا الأربعين[2] في مسيرةِ السَّفر، وما دونَها فيما دونَه توفيقاً وتلفيقاً، والقسمةُ فيما دونَه برأيِ الإمام أو

---

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (٨/ ٢٩).

(٢) في (ج): «أربعين».

بالأيامِ، قلت: وهذا إذا أشهدَ عندَ الأخذِ، حتى لو ردَّه مَنْ لم يشهَدْ لا جُعلَ له عندَهما، خلافاً لأبي يوسُفَ على ما مرَّ في اللُّقَطةِ.

قال: (**وإنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ من أَرْبَعِينَ: يَقضِي له بِقِيمَتِهِ إلَّا دِرْهَمًا**) وهذا قولُ محمدٍ، وقال أبو يوسُف: له أربعون درهماً؛ لأنَّه ثبتَ بالنصِّ، فلا ينقُصُ، ولهذا لا يجوزُ الصُّلحُ على الزيادةِ، ويجوزُ بالأقلِّ، ولمحمدٍ: أنَّ الردَّ لفائدةِ المالكِ، فينقصُ شيءٌ تحقيقاً للفائدةِ.

(هـ)[1]: وأمُّ الولدِ والمدبَّرُ في هذا بمنزلةِ القِنِّ، ولا جُعلَ في ردِّهما بعد الموتِ؛ لأنَّهما حرَّان، ولو كان الرادُّ أباً للمَولى أو ابنَه وهو في عيالِه، أو أحدَ الزَّوجَين على الآخَرِ، فلا جُعلَ له؛ لأنَّهم يتبرَّعون بالردِّ عادةً.

قال: (**وإنْ أَبَقَ من الَّذِي رَدَّهُ: فلا شَيْءَ لَهُ، ويَنْبَغِي أن يُشْهِدَ إِذَا أَخَذَهُ أنَّه يَأْخُذُهُ لِيَرُدَّهُ**) لأنَّه بمنزلةِ البائعِ من المالك حتى جازَ له حبسُ الآبقِ لاستيفاءِ الجُعل، ولو ماتَ في يدِه لا شيءَ له عليه، ولو أعتقَه المولى كما لقيَه صارَ قابضاً، وكذا إذا باعَه من الرادِّ، ولو اشتراه رجلٌ من الآخذِ أو اتَّهبَه أو ورِثَه، وردَّه على مولاه، لا جُعلَ له؛ لأنَّه ردَّه لنفسِه، إلا إذا أشهد أنَّه يشتريه للردِّ، وفي بعض النُّسخِ: «فلا شيءَ عليه لأنَّه أمانةٌ في يده».

قال: (**فَإِنْ كَانَ رَهْنًا: فَالْجُعْلُ عَلَى الْمُرْتَهِنِ**) لأنَّه إحياءُ[2] ماليتِه بالردِّ، وهي حقُّه؛ لأنَّ الاستيفاءَ منها، وهذا إذا كانَت قيمتُه مثلَ الدَّينِ أو أقلَّ، فإن كانت أكثرَ، فيُقدَّرُ الدينُ عليه والباقي على الراهنِ؛ لأنَّ حقَّه بالقدْرِ المضمونِ، وصارَ كثمنِ

---

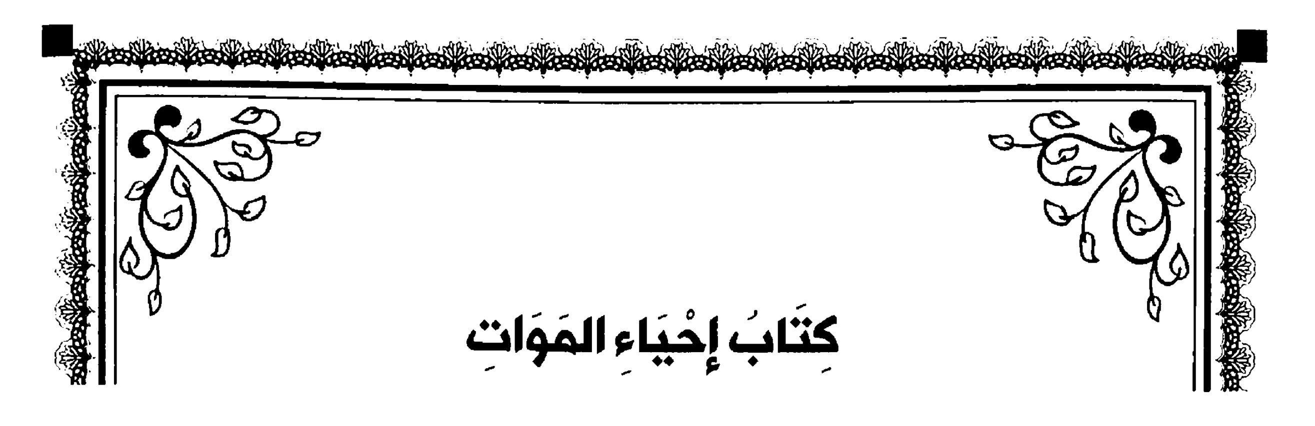
(١) انظر: «الهداية» (٢/ ٤٢١).

(٢) في (ف): «أحيا».

الـدواءِ وتخليصِـه عـن الجنايـةِ بالفـداءِ، وإن كانَ الآبِقُ مديونـاً فعلى المولـى إن اختارَ قضـاءَ الدَّيـن، وإن بِيـعَ بُـدئَ بالجُعلِ والباقـي للغرمـاءِ، لأنَّه مؤونـةُ المِلـك، وإن كانَ جانيـاً فعلى المولـى إن اختارَ الفِـداءَ لعَودِ المنفعةِ إليـه، وعلى الأوليـاءِ إن اختارَ الدفعَ لعودِهـا[1] إليهـم، وإن كانَ موهوباً فعلـى الموهوبِ له، وإن رجعَ الواهـبُ في هبتِهِ بعدَ الـردِّ، وإن كانَ لصبـيٍّ فالجُعـلُ فـي مالِه؛ لأنَّه مؤونـةُ مِلكِه، وإن ردَّه وصيُّـه فلا جُعلَ له لأنَّ الحفـظَ عليـه، والله أعلم.

* * *

(١) في (ش): «بعودها».



كِتَابُ إِحْيَاءِ المَوَاتِ

المَوَاتُ: مَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ مِن الأَرْضِ؛ لِانْقِطَاعِ المَاءِ عَنْهُ، أَوْ لِغَلَبَةِ المَاءِ عَلَيْهِ، أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِمَّا يَمْنَعُ الزِّرَاعَةَ فَمَا كَانَ مِنْهَا عَادِيًا، لَا مَالِكَ لَهُ، أَوْ كَانَ مَمْلُوكًا فِي الإِسْلَامِ، وَلَا يُعْرَفُ لَهُ مَالِكٌ بِعَيْنِهِ، وهُوَ بَعِيدٌ مِن القَرْيَةِ، إِذَا وَقَفَ إِنْسَانٌ فِي أَقْصَى العَامِرِ، فَصَاحَ: لَمْ يُسْمَع الصَّوْتُ فِيهِ: فَهُوَ مَوَاتٌ مَنْ أَحْيَاهُ بِإِذْنِ الإِمَامِ: مَلَكَهُ، وَإِنْ أَحْيَاهُ بِغَيْرِ إِذْنِ الإِمَامِ: لَمْ يَمْلِكْهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، وَقَالَا: يَمْلِكُهُ.

وَيَمْلِكُ الذِّمِّيُّ بِالإِحْيَاءِ، كَمَا يَمْلِكُ المُسْلِمُ وَمَنْ حَجَّرَ أَرْضًا، وَلَمْ يَعْمُرْهَا ثَلَاثَ سِنِينَ: أَخَذَهَا الإِمَامُ، وَدَفَعَهَا إِلَى غَيْرِهِ.

كتَابُ إحياءِ المَواتِ

الأصلُ في هذه التَّسميةِ قوله تعالى: ﴿كَيْفَ يُحْيِ ٱلْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَآ﴾ [الروم: ٥٠] وقولُه عليه السلام: «مَنْ أحيا[١] أرضاً ميتةً فهيَ له»[٢].

قال: (المَوَاتُ: مَا لا يُنْتَفَعُ بِهِ مِن الأَرْضِ؛ لِانْقِطَاعِ المَاءِ عَنْهُ أو لِغَلَبَةِ المَاءِ عليه،

---

(١) في (ف): «يحيي».

(٢) رواه الترمذي (١٣٧٩)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٥٧٢٥)، وأحمد في «مسنده» (١٤٦٣٦)، وابن حبان في «صحيحه» (٥٢٠٥) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، وعند النسائي بدل: «فهي له» قال: «فله فيها أجر». قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

وروى البخاري (٢٣٣٥) عن عائشة رضي الله عنها، عن النبي ﷺ قال: «من أعمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق».

أو ما **أَشْبَهَ ذلكَ مِمَّا يَمْنَعُ الزِّرَاعَةَ**) سمِّيَ بذلك لبطلانِ الانتفاعِ به كالحيِّ إذا مات.

قال: (**فمَا كَانَ منهَا عَادِيًّا، لا مَالِكَ لَهُ، أو كَانَ مَمْلُوكًا في**[1] **الإِسْلَامِ، ولا يُعْرَفُ لهُ مَالِكٌ بِعَيْنِهِ، وهو بَعِيدٌ مِن القَرْيَةِ، إذا وَقَفَ إنْسَانٌ في أَقْصَى العَامِرِ، فَصَاحَ: لم يُسْمَع الصَّوْتُ فِيهِ: فهو مَوَاتٌ**) (هـ)[2]: العادِي: ما قَدُمَ خرابُه، وعن محمدٍ: أنَّه يشترَطُ أن لا يكونَ مملوكاً لمسلمٍ أو ذميٍّ مع انقطاعِ الارتفاقِ بها ليكونَ ميتةً مطلقاً، وإذا كانَ مملوكاً لأحدِهما لا يكونُ مواتاً، وإذا لم يُعرَفْ مالكُه فهو لجماعةِ المسلمين، ولو ظهرَ له مالكٌ تُردُّ عليه. ويضمَنُ الزارعُ نقصانَها.

(شق): وقال الشافعيُّ رحمه الله[3]: إن كانَ مِن أملاكِ المسلمين لم يملكْ بالإحياءِ، وإن كانَ من أملاكِ الكفَّارِ ففي وجهٍ: يملَكُ بالإحياءِ، وفي وجهٍ: يملَكُ تملُّكَ الغنيمَةِ بتمليكِ الإمامِ لا بالإحياءِ.

(هـ)[4]: وحدُّ البعدِ الذي ذكرَه قولُ أبي يوسُفَ؛ لأنَّ الظاهرَ أنَّ ما يكونُ قريباً من القريةِ لا ينقطِعُ ارتفاقُ أهلِها عنه، فيُدارُ الحكمُ عليه، ومحمدٌ اعتبرَ انقطاعَ ارتفاقِ أهلِ القريةِ عنها حقيقةً وإن قرُبَ من القريةِ، وبه (شب)، واختارَ (شس)[5] قولَ أبي يوسُفَ.

وقال الشافعيُّ رحمه الله: ما قرُبَ من العامر يملَكُ بالإحياء لإطلاق النصِّ إلا ما لا بدَّ للعامر منه كفِنائه وحقوقِه، كالطُّرق ومَجرى الماءِ ومَسيلِه ونحوِها[6]، ولنا: أنَّ ما

---

(١) في (ج) زيادة: «دار».

(٢) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٤/ ٣٨٣).

(٣) انظر: «روضة الطالبين وعمدة المفتين» (٥/ ٢٨٠).

(٤) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٤/ ٣٨٣).

(٥) انظر: «المبسوط» (٢٣/ ١٦٦).

(٦) انظر: «بداية المحتاج في شرح المنهاج» (٢/ ٤٢٩).

يبلُغُه الصوتُ يحتاجُ إليه أهلُ القريةِ لمرعَى مواشيهِم ومطارِحِ غلَّاتِهم وإخراجِ فاضلِ مياهِهم.

قال: (من أَحْيَاهُ بِإِذْنِ الإِمَامِ: مَلَكَهُ، وإِنْ أَحْيَاهُ بِغَيْرِ إِذْنِ الإِمَامِ[١]: لم يَمْلِكْهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، وقالا: يَمْلِكُهُ) وبه الشافعيُّ رحمه الله[٢]؛ لقوله عليه السلام: «مَنْ أحيا أرضاً ميتةً فهي له»[٣]، ولأنَّه مباحٌ سبقَتْ إليه يدُه، فيملِكُه كالحطبِ والصيدِ، ولأبي حنيفةَ رحمه الله قولُه عليه السلام: «ليسَ للمَرءِ إلا ما طابَتْ به نفسُ إمامِه»[٤] وما روَياه يحتمِلُ أنَّه إذنٌ لقومٍ لا نصبٌ لشرعٍ، ولأنَّه تعلَّقَ بها حقُّ جماعة المسلمين، فلا يختصُّ به أحدٌ إلا بإذنِ الإمامِ كالغنائم، ويجبُ فيه العُشرُ، لأنَّ ابتداءَ توظيفِ الخَراجِ على المسلمِ لا يجوزُ إلَّا إذا سقَاه ماءَ الخراجِ، فلو أحياها ثم ترَكَها فزرَعَها غيرُه، فقيل: الثاني أحقُّ بها، والأصحُّ: أن الأولَ ينزِعُها من الثاني؛ لأنَّه ملكَها بالإحياءِ، ومِلكُه لا يزولُ بالتركِ، ومَنْ أحيا أرضاً ميتةً ثمَّ أحاطَ الإحياءَ بجوَانبِها الأربعَةِ من أربعةٍ يُقرُّ[٥] على التَّعاقبِ، فعن محمَّدٍ: أنَّ طريقَ الأوَّلِ في الأرضِ الرَّابعةِ لتعيُّنِه لتطرُّقِه.

---

(١) في (ج): «بغير إذنه».

(٢) انظر: «الحاوي الكبير» (٧/ ٤٧٩).

(٣) رواه الترمذي (١٣٧٩)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٥٧٢٥)، وأحمد في «مسنده» (١٤٦٣٦)، وابن حبان في «صحيحه» (٥٢٠٥) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، وعند النسائي بدل: «فهي له» قال: «فله فيها أجر». قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. وروى البخاري (٢٣٣٥) عن عائشة رضي الله عنها، عن النبي ﷺ قال: «من أعمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق».

(٤) رواه الطبراني في «المعجم الكبير» (٤/ ٢٠) (٣٥٣٣)، وفي «المعجم الأوسط» (٦٧٣٩) من حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه.

وهو ضعيف. انظر: «نصب الراية» (٣/ ٤٣١).

(٥) في (ج): «نفر».

قال: (**ويَمْلِكُ الذِّمِّيُّ بِالإِحْيَاءِ، كَمَا يَمْلِكُ المُسْلِمُ**) لاستوائهِمَا في أسبابِ الملكِ.

قال: (**ومَنْ حَجَّرَ أَرْضًا، ولم يَعْمُرْهَا ثَلَاثَ سِنِينَ: أَخَذَهَا الإِمَامُ ودَفَعَهَا إلى غَيْرِهِ**) لِمَا رويَ: أنَّ النبيَّ عليه السلام أقطعَ بلالَ بنَ الحارثِ العقيقَ أجمعَ، فقال له عمرُ رضي الله عنه: إنَّه عليه السلام لم يُقطِعْك إلَّا لتعمُرَه، ولم يُقطِعْك لتحجُبَه عن الناسِ، وأقطعَ عمرُ رضي الله عنه العقيقَ بمحضَرٍ من الصَّحابةِ من غير نكيرٍ[1]، ولأنَّ التَّحجِيرَ ليسَ بإحياءٍ، فإنَّ الإحياءَ هو العِمارةُ، والتَّحجِيرُ: الإعلامُ بوضعِ الأحجارِ حولَه، أو الإعلامُ بحَجْرِ غيرِه عن إحيائه، فبقي غيرَ مملوكٍ، فيدفعُه إلى غيرِه تحصيلاً للمقصودِ منه؛ وهو حصولُ العُشرِ والخراجِ للمسلمين، وإنما شُرطَ تركُ ثلاثِ سنينَ لقول عمرَ رضي الله عنه: «وليسَ لمحتجِرٍ بعدَ ثلاثِ سنين حقٌّ»[2].

(ه)[3]: قالوا هذا[4] كلُّه ديانةً، فأمَّا إذا أحياها غيرُه قبل مضيِّ هذه المدَّة ملكَها لتحقُّقِ الإحياءِ منه، وصارَ كالاستيامِ: يُكرهُ، ولو فعَلَ يجوزُ العقدُ، ثم التَّحجِيرُ قد يكونُ بغيرِ الحجَرِ بأن غرَزَ حولَها أغصاناً يابسةً، أو نقَّى الأرضَ، أو أحرَقَ شوكَها، أو حصَدَ حشيشَها أو شوكَها وجعَلَها حولَها، أو جعلَ الترابَ عليها من غيرِ أن يتِمَّ المسنَّاةَ، أو حفَرَ من بئرٍ ذراعاً أو ذراعَين، وفي الأخيرِ وردَ الخبرُ، ولو كرَبَها وسقَاها فعن محمَّدٍ: أنَّه إحياءٌ، ولو فعلَ أحدَهما فيكونُ تحجيراً، ولو حفرَ أنهارَها ولم يسقِها يكونُ تحجيراً، وإنْ سقَاها معَ حفرِ الأنهارِ كانَ إحياءً لوجودِ الفعلَين، ولو حوَّطَها وسنَّمَها بحيث يَعصِمُ الماءَ يكونُ إحياءً؛ لأنَّه من جملةِ البناء، وكذا إذا بذَرَها.

---

(١) رواه ابن سعد في «الطبقات الكبير» (٥/ ١٤٩)، وابن شبة في «تاريخ المدينة» (١/ ١٤٩)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٤/ ٢٥٦)، وابن عساكر في «تاريخ دمشق» (١٠/ ٤٢٦).

(٢) رواه أبو يوسف في «الخراج» (ص: ٧٧). وانظر: «نصب الراية» (٤/ ٢٩٠).

(٣) انظر: «الهداية» (٤/ ٣٨٤).

(٤) في (ف) و(ج): «وهذا».

وَلَا يَجُوزُ إِحْيَاءُ مَا قَرُبَ مِن العَامِرِ، وَيُتْرَكُ مَرْعًى لِأَهْلِ القَرْيَةِ، وَمَطْرَحًا لِحَصَائِدِهِمْ، وَمَنْ حَفَرَ بِئْرًا فِي بَرِّيَّةٍ: فَلَهُ حَرِيمُهَا فَإِنْ كَانَتْ لِلْعَطَنِ: فَحَرِيمُهَا أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا، وَإِنْ كَانَتْ لِلنَّاضِحِ: فَسِتُّونَ ذِرَاعًا، وَإِنْ كَانَتْ عَيْنًا: فَحَرِيمُهَا خَمْسُمِائَةِ ذِرَاعٍ، وَمَنْ أَرَادَ أَنْ يَحْفِرَ فِي حَرِيمِهَا: مُنِعَ مِنْهُ.

وَمَا تَرَكَ الفُرَاتُ أَوْ دِجْلَةُ وعَدَلَ عَنهُ ويَجُوزُ عَوْدُهُ إِلَيْهِ: لَمْ يَجُزْ إِحْيَاؤُهُ، وَإِنْ كَانَ لَا يَجُوزُ أَنْ يَعُودَ إِلَيْهِ: فَهُوَ كَالمَوَاتِ، إِذَا لَمْ يَكُنْ حَرِيمًا لِعَامِرٍ، يَمْلِكُهُ مَنْ أَحْيَاهُ بِإِذْنِ الإِمَامِ.

وَمَنْ كَانَ لَهُ نَهْرٌ فِي أَرْضِ غَيْرِهِ: فَلَيْسَ لَهُ حَرِيمٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، إِلَّا أَنْ يُقِيمَ بَيِّنَةً عَلَى ذَلِكَ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: لَهُ مُسَنَّاةُ النَّهرِ يَمْشِي عَلَيْهَا، وَيُلْقِي عَلَيْهَا طِينَهُ.

قال: (ولا يَجُوزُ إحياءُ ما قَرُبَ مِنْ العَامِرِ، وَيُتْرَكُ مَرْعًى لِأَهْلِ الْقَرْيَةِ، وَمَطْرَحًا لحَصَائِدِهِم) لتعلُّقِ حقِّهم بها لحاجتِهم إليها غالباً، وعلى هذا قالوا: لا يجوزُ أن يقطَعَ ما لا غنَى للمسلمين عنه، كالملحِ والآبارِ التي يستَقِي الناسُ منها لما مرَّ.

قال: (وَمَنْ حَفَرَ بِئْرًا فِي بَرِّيَّةٍ: فلهُ حَرِيمُهَا) يعني: إذا حفَرَ في أرضٍ مَواتٍ عندَه بإذنِ الإمامِ، وعندَهما: مطلقاً؛ لأنَّ حفرَ البئرِ إحياءٌ.

قال: (فَإِنْ كَانَتْ للعَطَنِ: فَحَرِيمُهَا أَرْبَعُونَ ذِرَاعاً) لقولِهِ عليه السَّلام: «مَنْ حفرَ بئراً فله ما حولَها أربعونَ ذِراعاً عَطَناً لماشيتِهِ»[1] ثمَّ قيل: الأربعون من كلِّ الجوانبِ،

(١) رواه أبو يوسف في «الخراج» (ص: ١١٣)، ومحمد بن الحسن في «الأصل» (٨/ ١٤٥/ قطر) عن الحسن مرسلاً. ورواه ابن ماجه (٢٤٨٦) فوصله عن الحسن عن عبد الله بن مغفل. إلا أن في سنده متهم. انظر: «التحقيق في أحاديث الخلاف» (٢/ ٢٢٥).

والصَّحيحُ: أنَّه مِن كلِّ جانبٍ؛ لأنَّ في الأراضِي رخوةً، فيتحوَّلُ الماءُ إلى ما حُفرَ دونَها.

قال: (**وإنْ كَانَتْ لِلنَّاضِحِ**[١]: **سِتُّونَ ذِرَاعًا**) وهذا عندَهما، وعندَ أبي حنيفةَ رحمه الله: أربعون ذراعاً، لهمَا قوله عليه السَّلام: «حريمُ العينِ خمسُمِائةِ ذراعٍ، وحريمُ بئرِ العَطَنِ أربعون ذراعاً، وحَريمُ النَّاضحِ ستُّونَ ذِراعاً»[٢]، ولأنَّه يُحتاجُ إلى تسييرِ دابَّتِه للاستقاءِ، وقد يطولُ الرِّشاءُ وبئرُ العطَنِ للاستقاءِ بيده، فقلَّتِ الحاجةُ، فلا بدَّ من التفاوت، وله ما رويناهُ من غيرِ فصلٍ، والعملُ بالعامِّ المتفَقِ على قَبولِه أَولى من العملِ بالخاصِّ المختلَفِ، ولأنَّه قد يستَقِي من العطَنِ بالناضِحِ، ومن النَّاضِحِ باليدِ، ويمكنُ إدارةُ البعيرِ حولَ البئرِ، فلا يحتاجُ إلى زيادةِ مسافةٍ.

قال: (**وإنْ كَانَتْ عَيْنًا: فَحَرِيمُهَا خَمْسُمِائَةِ ذِرَاعٍ**) لِمَا روِّينا، ولأنَّ العينَ تستخرَجُ للزِّراعةِ، فلا بدَّ من حوضٍ يجمَعُ فيه الماءُ، ومَوضعٍ يجرِي فيه إلى الزِّراعةِ، فمسَّتِ الحاجةُ إلى الزِّيادةِ، والأصحُّ: أنَّه خمسُمِائةٍ من كلِّ جانبٍ.

(هـ)[٣]: وقيل: إنَّ التقديرَ في البئرِ والعينِ بما ذُكرَ في أراضِيهِم لصَلابتِها، وأراضينا[٤] رَخوةٌ، فيُزادُ كيلا يتحوَّلَ الماءُ إلى الثاني، فيتعطَّلَ الأولُ.

قلت: وقعَ في أكثرِ نُسخِ هذا الكتاب: «فإن كان عيناً فحريمُها ثلاثُمائة ذراعٍ»، وفي «التحفة السمرقندية»[٥] و«البداية» و«الهداية»[٦] وغيرِها: فحريمُها خمسُمِائةِ ذراعٍ.

---

(١) في (ف) و(ج) زيادة: «فحريمها».

(٢) رواه أبو يوسف في «الخراج» (ص: ١١٣) عن الزهري مرسلًا.

(٣) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٤/ ٣٨٥).

(٤) في (ج): «وفي أراضينا».

(٥) انظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٣٢٣).

(٦) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٤/ ٣٨٥).

(شـق): وإن كانَ عيناً فحريمُها ثلاثُمائة ذراعٍ، وذكَرَ فيه وجهاً، ثم قال: وقد رويَ فيه أيضاً أثر، وقد ذكر الطَّحاويُّ: أنَّ حريمَها خمسُمائةِ ذراعٍ، قلتُ: فالحاصلُ أنَّ حريمَ العين مختلَفٌ فيه، لكن الأظهرُ أنَّه خمسَمائةِ ذراعٍ لورود النصِّ الصَّريحِ عليه.

قال: (فَمَنْ أَرَادَ أَنْ يَحْفِرَ فِي حَرِيمِهَا: مُنِعَ[1] مِنهُ) كيلا يؤدِّي إلى تفويتِ حقِّه؛ لأنَّ بحفرِها ملَكَ حريمَها.

(هـ)[2]: فإنْ حفرَ آخرُ في حَريمِها، فللأوَّل كبسُها، وإنْ شاءَ أخذَ الثاني بكبسِها كمَن ألقَى كُناستَه في دارِ غيرِه، يؤخَذُ برفعِها، وقيل: يضمِّنُه النُّقصانَ ثمَّ يكبسُها بنفسِه، كمَنْ هدَمَ جدارَ غيرِه، وهو الصَّحيحُ، وما عَطِبَ في الأولى فلا ضمانَ فيه[3]؛ لأنَّه غيرُ متعدٍّ، أما إذا كانَ بإذنِ الإمامِ فظاهرٌ، وكذا بغيرِ إذنِه عندَهما وعند أبي حنيفةَ رحمه الله أيضاً؛ لأنَّ الحفرَ تحجيرٌ عندَه، وهو بسبيلٍ منه، وما عَطِبَ في الثانيةِ ففيه الضَّمان، وإنْ حفرَ الثاني بئراً وراءَ حَريمِ الأوَّلِ، فذهبَ ماؤه إليها، فلا شيءَ عليه؛ لأنَّه غيرُ متعَدٍّ، والقناةُ لها حريمٌ بقدْرِ ما يصلِحُها، وعن محمدٍ: أنَّه بمنزلةِ البئرِ في استحقاقِ الحريمِ، وقيل: هو عندَهما وعندَه لا حريمَ لها ما لم يظهَرِ الماءُ على الأرضِ، قالوا: وعندَ ظهورِ الماء على الأرضِ هي بمنزلةِ عينٍ فوَّارةٍ، فيقدَّرُ حريمُها بخمسمِائة ذراعٍ، والشَّجرُ التي تُغرسُ في أرضٍ مواتٍ لها حريمٌ حتى لم يكُنْ لغَيرِه أن يغرِسَ في حَريمِها ليتَّخِذَ ثمرةً ويضَعَها فيه، وهو مقدَّرٌ بخمسةِ أذرعٍ بالحديث.

قال: (وما تَرَكَ الْفُرَاتُ أو دِجْلَةُ وعَدَلَ عنه ويَجُوزُ عَوْدُهُ إِلَيْهِ: لَمْ يَجُزْ إِحْيَاؤُهُ)

---

(١) في (ف): «يمنع».

(٢) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٤/ ٣٨٥).

(٣) في (ج): «عليه».

لحاجة العامَّة إليه، (**وَإِنْ كَانَ لَا يَجُوزُ أَنْ يَعُودَ إِلَيْهِ: فَهُوَ كَالمَوَاتِ، إِذَا لَمْ يَكُنْ حَرِيمًا لِعَامِرٍ، يَمْلِكُهُ مَنْ أَحْيَاهُ بِإِذْنِ الإِمَامِ**) لأنَّه ليس في مِلكِ أحدٍ.

قال: (**وَمَنْ كَانَ لَهُ نَهْرٌ في أَرْضِ غَيْرِهِ: فَلَيْسَ لَهُ حَرِيمٌ عندَ أَبِي حَنِيفَةَ** رحمه الله، **إِلَّا أنْ يُقِيمَ بيِّنَةً علَى ذلكَ، وقالَ أَبُو يوسُفَ ومُحَمَّدٌ: له مُسَنَّاةُ النَّهرِ يَمْشِي علَيهَا، ويُلْقِي عَلَيها طِينَهُ**) (**هـ شظ**)[1]: قيل: المسألة بناءٌ على أنَّ مَن أحيا نهراً في أرضٍ مواتٍ بإذنِ الإمامِ لا يستحِقُّ الحريمَ عندَه، وعندَهما: يستَحِقُّ؛ لأنَّ النهرَ لا ينتفَعُ به إلا بالحريمِ للمشِي وتسييلِ الماءِ وإلقاءِ الطينِ اعتباراً بالبئرِ[2]، ولأبي حنيفةَ رحمه الله: أنَّ مِلكَ الحريم على مُنافاةِ الدليل، وثبوتُه في البئر لتعذُّرِ الاستقاءِ بدونِ الحريم، ولا كذلك النهرُ؛ لأنَّه يمكنُ تسييلُ الماء بدونِ الحريمِ، ووجهُ البناءِ: أنَّ باستحقاقِ الحريمِ يثبُتُ اليدُ عليه، والقولُ قولُ صاحبِ اليد، وإن كانت مسألةً مبتدأةً، فلهما: أنَّ الحريمَ في يدِ صاحبِ النَّهرِ باستِمسَاكِه الماء به، ولهذا لا يملِكُ صاحبُ الأرض نقضَه، وله: أنَّه أشبَهَ بالأرضِ صُورةً لاستوائهما، ومعنًى من حيثُ صلاحيتُه للغرسِ والزراعة، فكان الظاهرُ شاهداً له كاثنَين تنازَعا في مصراعِ[3] بابٍ ليس في يدِهما، والمصراعُ الآخرُ معلَّقٌ على بابِ أحدهما: يُقضَى للذي في يدِه ما أشبَهَ بالمتنازَعِ فيه، ولا نزاعَ فيما به استمساكُ الماءِ، إنما النزاعُ فيما وراءَه، والخلافُ في مُسنَّاةٍ ليس لأحدِهما طينٌ ملقًى عليها ولا غرس، وإلا فصاحبُ الشُّغلِ أَولى لأنَّه صاحبُ يدٍ، ولو كانَ عليه غرسٌ لا يُدرى مَن غرَسَه فهو على الخلاف، وأما إلقاءُ الطينِ؛ فقيل: إنَّه على الخلافِ، وقيل:

---

(١) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٤/ ٣٨٦).

(٢) في (ش): «بالنهر».

(٣) في (ج): «مصراعي».

لصاحبِ النهرِ ذلك ما لم يفحُشْ، وأمَّا المرورُ؛ فقيل: يُمنعُ صاحبُ النهر عندَه، وقيل: لا يُمنعُ للضَّرورةِ.

(فج): أُخذَ بقوله في الغرسِ، وبقولِهما في إلقاءِ الطينِ عليه، ثم حريمُه عندَ أبي يوسُف مقدارُ نصفِ بطنِ النهرِ من كلِّ جانبٍ. وعن محمدٍ: مقدارُ بطنِ النَّهرِ من كلِّ جانبٍ، وإنه أرفقُ بالناسِ[1]، وقيل: مثلُه.

(شطة): مِن كلِّ جانبٍ، وقيل: يقدَّرُ بقدْرِ الحاجةِ.

(شـظ): وثمرةُ الخلافِ: أنَّ صاحبَ الأرضِ عندَه أحقُّ بها غرساً وزراعةً، وعندهما: صاحبُ النهرِ[2].

فصلٌ في المياهِ

لرجلٍ نهرٌ أو بئرٌ أو قناةٌ، فليسَ له أن يَمنعَ من الشَّفَة.

(هـ)[3]: والشَّفةُ: الشُّربُ لبني آدمَ والبهائمِ، ثم اعلمْ أنَّ المياهَ أنواعٌ، منها ماءُ البحارِ، ولكلِّ واحدٍ حقُّ الشَّفَةِ وسقيُ الأراضِي وكَريُ الأنهارِ منها، والانتفاعُ بماءِ البحرِ كالانتفاعِ بالشَّمسِ والقمرِ، ومنها ماءُ الأوديَةِ العِظامِ؛ كجَيحونَ وسَيحونَ ودِجلةَ والفُرات، وللناسِ فيه حقُّ الشَّفَة وسَقيُ الأراضِي، ولهم كَرْيُ النهرِ منها في أرضٍ مباحَةٍ إذا لم يضُرَّ بالعامَّة للسَّقيِ ونصبِ الرَّحى أيضاً، ومنها: إذا دخَلَ الماءُ في المقاسِمِ فحقُّ الشفَةِ ثابتٌ لقوله عليه السلام: «الناسُ شركاءُ في ثلاثٍ: في الماءِ، والكلأِ، والنارِ»[4]، ....

---

(١) في (ص) و(ف): «للناس».

(٢) في (ش): «اليد».

(٣) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٤/ ٣٨٧).

(٤) رواه أبو داود (٣٤٧٧)، وأحمد في «مسنده» (٢٣٠٨١)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٤٧٢٧) عن =

ولأنَّ المقاسِمَ والآبارَ[1] ما وُضعَت لإحرازِ الماءِ، والمِلكُ لا يثبُتُ بدُونِه، كالظَّبي إذا تكنَّسَ في أرضِه، وليسَ لهم سقيُ الأراضِي إلَّا بإذنِ أهلِ النهرِ.

ومنها المحرَزُ في الأوانِي، وإنَّه صارَ مملوكاً لهم على الخصُوصِ، ولو كان البئرُ أو العينُ أو الحوضُ أو النهرُ في مِلكِه، له أن يمنَعَ مَن يريدُ الشَّفةَ من الدخولِ في ملكِه إذا وجَدَ ماءً آخرَ بقُربِه، وإلا يقالُ لصاحبِ النهرِ: إما أن يعطيَه الشَّفةَ أو يترُكَه يأخذُ بنفسِه، وهذا قول الطَّحَاويِّ، وقيل: إذا كانت في أرضٍ مواتٍ ليسَ له المنعُ، لأنَّ الحفرَ لا يقطعُ الشركةَ في الشَّفَة، ولو منَعَه وخافَ على نفسِه وظهْرِه العطشَ له أن يقاتلَه بالسَّلاحِ؛ لأنَّه قصدَ إتلافَه بمنعِ حقِّه وهو الشَّفَة، بخلافِ المحرَز في الأواني حيثُ يقاتِلُه بغيرِ سلاحٍ بعصًا ونحوِها؛ لأنَّه ارتكبَ معصيةً، فقامَ ذلك مقامَ التعزيرِ له، والشفَةُ إذا كانت تأتي على كلِّ الماءِ بأن كانَ[2] جدوَلاً صغيراً، وفيما يرِدُ من الإبلِ والمواشِي كثيرةٌ ينقطِعُ الماءُ بشُربِها؛ قيل: لا يمنعُ منه لنُدْرتِه، وقيل: يمنعُ كسقيِ المزارعِ والمشاجِرِ، ولهم أن يأخذوا منه للوُضوءِ وغَسلِ الثيابِ، ولو سقَى شجراً أو خَضِراً له في دارِه بجِرارٍ له ذلك.

(جت): له أن يمنَعَ سقْيَ بستَانِه بالقِصَاعِ والرَّاويات، وفي غَسلِ الثيابِ منه كلامٌ، وليسَ له أن يسقيَ أرضَه ونخيلَه[3] وشجرَه من نهرِ غيرِه وبئرِه وقناتِه إلَّا بإذنِه نصاً؛ لأنَّ الماءَ متى دخلَ في المقاسمِ انقطعَ شركةُ الشُّربِ.

= رجل من أصحاب النبي ﷺ. ورواه ابن ماجه (٢٤٧٢) من حديث ابن عباس رضي الله عنه

(١) في (ش): «والأنهار».

(٢) في (ج): «وجد».

(٣) في (ف): «ونخله».

فصل في كري الأنهار

وإنها ثلاثةٌ:

نهرٌ لا يملِكُه أحدٌ؛ كالفُراتِ ونحوِه، فكَريُه على السلطانِ من بيتِ المالِ؛ لأنَّ منفعَتَه للمسلمين عامَّةٌ، فمُؤنتُه عليهم، وذلك مما أُعدَّت للنوائبِ كالخَراجِ والجِزية دونَ العشُورِ[1] والصَّدقاتِ، فإنها للفقراءِ، فإن لم يكُنْ في بيتِ المالِ شيءٌ يجبرُ الإمامُ الناسَ على كرْيِه إحياءً لمصلحةِ العامَّة؛ لأنَّهم لا يقيمُونَها بأنفسِهم، وفي مثلِه قال عمرُ رضي الله عنه: «لو تُركتُم لَبعتُم أولادَكم»[2]، إلا أنَّه يخرُجُ مَن له طاقةٌ، ومؤنتُه على المياسيرِ دونَ[3] العجَزة.

والثاني: نهرٌ مملوكٌ دخلَ ماؤه تحتَ القسمَةِ لكنه عامٌّ: فكَريُه على أهلِه دونَ بيت المالِ؛ لأنَّ الحقَّ لهم، والمنفعةَ تعودُ إليهم على الخصوصِ، ومَن أبى منهم يُجبرُ على كرْيِه دفعاً لضررِ العامَّة من الشركاءِ، ولو أرادوا أن يحصِّنُوه خيفةَ الانبثاقِ وغرقِ الأراضِي وفسادِ الطريقِ: يجبَرُ الآبي، وإلَّا: فلا.

والثالث: نهرٌ خاصٌّ من كلِّ وجهٍ: فكَريُه على أهله، وفي جبرِ الآبي اختلافٌ، ولا جبرَ لحقِّ الشفَةِ، ومؤونةُ كرْيِ النهرِ المشترَكِ عليهم من أعلاه، فمَن جاوَزَ أرضَه رُفِعَ عنه عندَ أبي حنيفةَ رحمه الله، والأصحُّ إذا جاوَزَ فوَّهةَ نهرِه، وقيل: الأولُ أصحُّ لحصولِ مقصودِه، وقالا: هي عليهم من أولِه إلى آخرِه بحِصَصِ الشِّربِ والأرضينَ، لأنَّ لصاحبِ الأعلى حقًّا في الذَّنابةِ[4] لتسييلِ ما فضَلَ من مائهِ، ولأنَّ عِمرانَ ذنابتِه بفُوَّهتِه.

---

(١) في (ش): «العشر».

(٢) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٢٩٤): غريب.

(٣) «دون»: ليس في (ص) و(ش) و(ف).

(٤) أي: ذنب الوادي أو السيل.

(شب): وعلى هذا الخلافِ إصلاحُ حافَّتَي[١] النهرِ والطَّريقِ في سكَّةٍ غيرِ نافذةٍ إذا احتِيجَ إلى إصلاحِه.

(فج): وقيلَ في الطريقِ: إذا انتهَى إلى بابه رُفِعَ مؤونتُه عنه بلا خلافٍ، وفي «النوادر» عن محمدٍ: إذا كانَ النهرُ عظيماً يشرَبُ منه قُرًى، فمتى بلغَ الحفرُ فوَّهةَ نهرِ قريةٍ منها رُفِعَ عنهم الكرْيُ عندَهم جميعاً، الفاصلُ بينَ النهرِ العامِّ والخاصِّ أنَّ أهلَ الشِّربِ منه إن كانوا يُحصَّون فخاصٌّ، وتثبتُ فيه الشُّفعةُ، وإلا فعامٌّ ولا تثبُتُ، وقيل: ما يسقى منه عشرةُ أقرحَة[٢] فعامٌّ، وقيل: ما تجري فيه السُّفنُ.

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه:

يصِحُّ دعوى الشِّربِ بغيرِ أرضٍ استِحساناً؛ لأنَّه قد يملِكُ وحدَه إرثاً، أو يبيعُ الأرضَ بدُونِه، فيبقَى له، ولو ادَّعَى نهراً في أرض غيرِه، فإن كانَ يجرِي ماؤه فالقولُ له؛ لأنَّه في يدِه، وإلَّا: فعليه البيِّنةُ أنَّ النهرَ له، أو كان مجرَاه في هذا النَّهرِ يسقِي منه أرضَه ليثبُتَ له المِلكُ أو الحقُّ فيه، وعلى هذا المصبُّ في نهرٍ أو على سطحٍ أو الميزابِ أو الممشى في دارِ غيرِه، ولو كان نهرٌ بين قومٍ[٣]، واختصَمُوا في الشِّربِ كان بينهم على قدْرِ أراضيهم؛ لأنَّ المقصودَ الانتفاعُ بسقيِها، فيُقدَّرُ بقدْرِه بخلافِ الطريقِ؛ لأنَّ المقصودَ منه التطرُّقُ، وهو في الدار الواسعةِ والضيِّقةِ متَّحدٌ.

ولو كانَ الأعلى منهم لا يشربُ إلا بالسَّكرِ لم يكُنْ له ذلك إلا بالتراضِي أو الصُّلحِ

---

(١) في (ف): «جانبي».

(٢) القَراحُ: المزرعة التي ليس عليها بناءٌ ولا فيها شجر، والجمع: أقْرِحَةٌ. «الصحاح» (١/ ٣٩٦).

(٣) في (ف) زيادة: «يخصون».

إلا إذا أمكَنَه استيفاءُ حصَّتِه بلوحٍ، ولا يجوزُ بما ينكبِسُ به النهرُ من غيرِ تراضٍ؛ لأنَّه إضرارٌ بالباقين عنه.

لأهلِ الأعلى السَّكرُ إذا لم ينتفِعْ أهلُ السُّفلِ لقلَّتِه بالألواحِ والخشَبِ لا بالتُّرابِ والحشيشِ.

(شج): لهم السَّكرُ إذا لم يمكنْ الشِّربُ بدونِ السَّكرِ.

(شس)[1]: إذا كان النهرُ لا يجري إلى أرض كلِّ واحدٍ منهم إلا بالسَّكرِ، يُبدأُ بأهلِ الأسفل ثمَّ بالأعلى، ولو سقَى أرضَه من نهرِ غيرِه أو قناتِه لا ضمانَ عليه، لكن يرفَعُه إلى السُّلطان ليؤدِّبَه بالضربِ والحبسِ إن رأى ذلك، وليس لأحدِهم أن يُكريَ منه نهراً أو ينصُبَ عليه رحى ماءٍ؛ لأنَّ فيه كسْرَ صفتِه، وسَوقُ الماء من غير سَننِه إلا إذا كان رحًى لا يضرُّ بالنهرِ ولا بالماء، والدَّاليةُ والسَّانيةُ نظيرُ الرَّحى، ولا يتَّخِذُ عليه جسراً ولا قنطَرةً من غيرِ تراضٍ، ويُمنعُ أن يوسِّعَ فمَ النهرِ؛ لأنَّه يكسِرُ صفتَه ويزيدُ على قدْرِ حقِّه في الماء، وكذا إذا كانت القِسْمةُ بالكُوى، فوسَّعَه[2] وأخَّرَها ليزدادَ دخولُ الماء فيها، وله أن يسفِلَ كُواه ويرفَعَها في الأصحِّ، لأنَّ قسمتَه باعتبار سَعةِ الكوَّةِ وضيقِها، لا بالتسفُّلِ[3] والترفُّع.

ولو كانت قسمتُهم بالكُوى، فأراد أحدُهم أن يقسِمَها بالأيامِ، ليسَ له ذلك؛ لأنَّ القديمَ يُتركُ على حالِه، وليسَ لأحدِهم أن يزيدَ كُوَّتَه وإن لم يضُرَّ بأهلِه؛ لأنَّ الشركةَ خاصَّةٌ، بخلافُ الكُوى في النهرِ الأعظمِ، وليسَ له أن يشُقَّ شِربَه منه إلى

---

(١) انظر: «المبسوط» للسرخسي (٢٣/ ١٦٣).

(٢) في (ش): «يوسعه».

(٣) في (ج): «بالتسفيل».

أرضٍ أخرى ليس لها في ذلك شِربٌ أو من ذُنابةِ جدولِه؛ لأنَّه إذا تقادَمَ العهدُ يستدِلُّ به على أنَّ له فيه حقًّا، كفتحِ البابِ في الزَّنْقَةِ[1] المستدَيرةِ غيرِ النَّافذةِ، وليسَ له أن يسُدَّ كُواهُ لدفعِ فيَضانِ الماءِ ونزِّه، ولو تراضَيا بالقسمَةِ مناصَفةً جازَ لصاحبِه ولوارثِه من بعدِه أن ينقُضَ؛ لأنَّه إعارةُ الشِّربِ، فله الرُّجوعُ، فإنَّ مبادَلةَ الشِّربِ بالشِّربِ باطلةٌ، والشِّربُ يورَثُ ويوصَى بالانتفاعِ بعينِه، بخلافِ البيعِ والصَّدقةِ والهبَةِ والوصيَّةِ بذلك، أمَّا العقودُ فللجَهالةِ، وأمَّا الوصيَّةُ بها فلأنَّ الوصيَّةَ بالباطلِ باطلٌ، ولا يصلُحُ مسمًّى في النِّكاحِ ولا في الخُلعِ، حتى يجبَ مهرُ المثلِ وردُّ ما قَبِضَتْ، ولا بدلِ الصُّلحِ من الدَّعوى.

فصلٌ

(شق): نبتَ الكلأُ في أرضٍ مملوكةٍ: لم يملِكْه صاحبُها، وكلُّ مَن أخذَه فهو له، لكنَّه يُكرهُ له دخولُ الأرض بدون إذنِ مالكِها، وكذا ماءُ البئرِ والعين.

وقال الشافعيُّ رحمه الله[2]: الكلأُ في أرضٍ مملوكةٍ مِلكٌ لصاحبِها، له بيعُه والأخذُ ممَّن أخذَه، وكذا الماءُ، ولو أتلَفَها متلِفٌ لزِمَه ضمانُه؛ لأنَّه نماءُ ملكَه.

ولنا حديثُ أبي هريرةَ رضي الله عنه عن النبيِّ عليه السلام: «مَن منَعَ فضلَ الماءِ ليَمنعَ به الكلأَ منعَه اللهُ فضلَ رحمتِه يومَ القيامة»[3]، وعن ابن عباسٍ

---

(١) في (ج): «الزائغة»، وفي (ش): «الدار».

وفي «معجم متن اللغة» (٣/ ٦٥): الزنقة: السكة، أو ميل والتواء فيها، أو في جدار في سكة، أو عرقوب وادٍ.

(٢) انظر: «المهذب» (٢/ ٣٠٠).

(٣) رواه الشافعي في «الأم» (٤/ ٥٠)، وأحمد في «مسنده» (٦٧٢٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

ورواه الطبراني في «المعجم الأوسط» (٢/ ٤٥) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنه.

رضـي الله عنـه عـن النبيِّ عليه السـلام: «النـاسُ شـركاءُ في الثـلاثِ: المـاءِ، والكلأِ، والنار»[١].

(جش): وقد اختلَفَ أكثرُ العلماءِ في تفسيرِ الكلأ. (شح): عن محمدٍ: الكلأُ: ما ليس له ساقٌ، وما قام على ساقٍ كالحاجِ والعوسَجِ فليسَ بكلأٍ[٢]، في «الغُنيةِ»: ما ينبسِطُ على وجهِ الأرضِ ولا ساقَ له فهو كلأٌ، وما له ساقٌ فهو شجرٌ، فالشَّوكُ[٣] الأخضرُ والشوكُ الأبيضُ شجرٌ، والأخضرُ التي تأكلُها الإبلُ فيه روايتان، والظاهرُ أنَّه لا اختلافَ فيه، إنما المرادُ به أنَّه بمنزلتِه في جوازِ الانتفاعِ به والتَّملُّكِ بأخذِه، وفي «التجريدِ»: القصَبُ ليس بكلأٍ.

(صبق): قصَبُ الفانيدِ كلأٌ؛ يعني: لأنه بمنزلتِه. (جت): الشَّوكُ والسوسُ والكلأُ مَن أخَذَه ملَكَه، وعن أبي حفصٍ: الشوكُ والسُّوسُ ببُخارى لا يجوزُ أخذُه؛ لأنَّه عُدَّةٌ، والناسُ يحتاجونَ إليه.

(شب): عن أبي حنيفةَ رحمه الله: القصَبُ كالكلأِ وإن كان له ساقٌ؛ لأنَّه لا يبقَى سنةً بل ييبسُ.

وفي «المُغرب»: الكلأُ اسمٌ لِما ترعاهُ الدَّوابُّ رَطْباً كان أو يابساً، ويقعُ على ذي السَّاقِ وغيرِه، هكذا ذكرَه أبو عُبيدٍ[٤].

---

(١) تقدم قريباً.

(٢) انظر: «المغرب في ترتيب المعرب» (ص٤١٣).

(٣) في (ش) و(ف): «كالشوك».

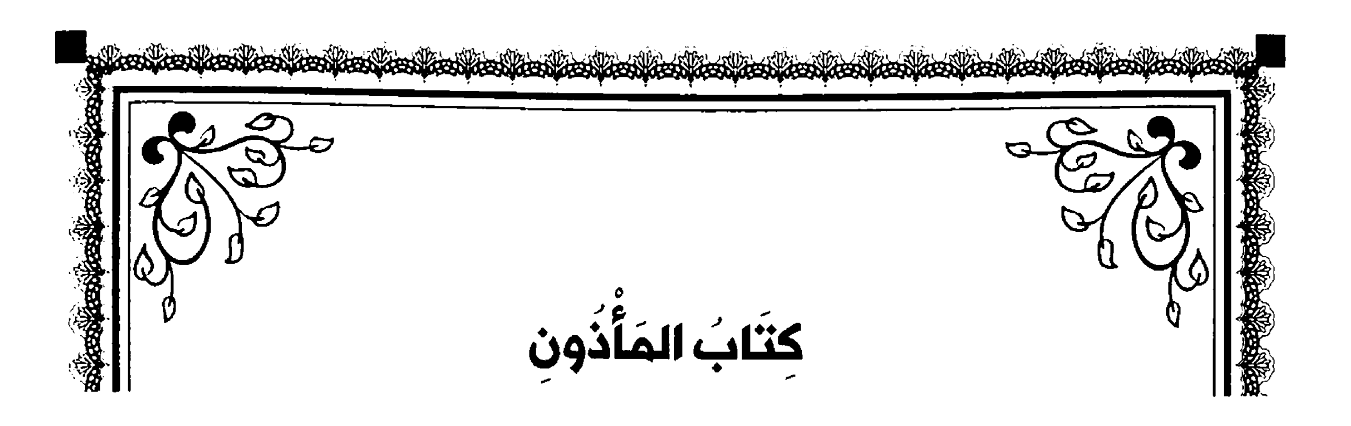
(٤) انظر: «المغرب في ترتيب المعرب» (ص٤١٣).
وما نقله عن أبي عبيد ذكره في «الأموال» (ص٣٧٥).

(شب): حبَسَ الكلأَ في أرضِه: ملَكَه وانقطَعَ حقُّ غيرِه.

(شج): دخلَ أرضَ إنسانٍ بغيرِ إذنِه فاحتشَّ: فليس له حقُّ الاستردادِ منه، سواءٌ سقاهُ وقامَ عليه أو لم يقُمْ في ظاهرِ الروايةِ، والمختارُ عندنا أنَّه إنْ سقاهُ وقامَ عليه للحَشيشِ: ملَكَه، وإلَّا: فلا.

(فج): إذا احتَشَّ بطلَبِ صاحبِ الأرضِ: لم يملِكْه؛ لأنَّه معينٌ له.

* * *



كِتَابُ المَأْذُونِ

إذَا أَذِنَ المَوْلَى لِعَبْدِهِ فِي التِّجَارَةِ إذْنًا عَامًّا: جَازَ تَصَرُّفُهُ فِي سَائِرِ التِّجَارَاتِ يَبِيْعُ وَيَشْتَرِي، وَيَرْهَنُ وَيَسْتَرْهِنُ، فإنْ أَذِنَ لهُ فِي نَوْعٍ منها دُوْنَ غَيْرِهِ فهوَ مَأْذُونٌ لَهُ في جَمِيعِهَا، وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي شَيْءٍ بِعَيْنِهِ: فَلَيْسَ بِمَأْذُونٍ.

كتَابُ المَأذُونِ

الأصلُ في جوازِ الإذنِ ما رُوِيَ: «أنَّ النبيَّ ﷺ كانَ يركبُ الحمارَ ويُجيبُ دعوةَ المملوكِ»[1]، وإنما جازَ له إجابةُ دعوةِ المأذُونِ دونَ المحجُورِ عليه، وكانَ للعبَّاسِ رضي الله عنهما عشرون عبداً، كلُّ واحدٍ يتَّجِرُ بعشَرةِ آلاف[2].

والإذنُ في اللغةِ: الإعلامُ[3]، وفي الشرعِ: فكُّ الحَجْرِ عندنا، ثم العبدُ بعدَه يتصرَّفُ بأهليتِه بلسانِه الناطقِ وعقلِه المميِّزِ، والحَجْرُ كان لحقِّ المولى؛ لأنَّ

---

(١) رواه ابن ماجه (٤١٧٨)، والمعافى بن عمران في «الزهد» (ص٢٣٧)، وأبو داود الطيالسي في «المسند» (٢٢٦٢)، وابن الجعد في «مسنده» (٨٤٨)، والبزار في «مسنده» (٧٥٧٤)، والحاكم في «المستدرك» (٧١٢٨) من حديث أنس.

ورواه محمد بن الحسن في «الأصل» (٨/ ٤٩٤/ قطر)، والخلال في «السنة» (٢٣٤) عن إبراهيم النخعي مرسلاً.

(٢) رواه ابن سعد في «الطبقات الكبير» (٤/ ١٣)، والطبري في «تفسيره» (١٤/ ٧٣)، والطبراني في «المعجم الكبير» (١١/ ١٧١) (١١٣٩٨)، والحاكم في «المستدرك» (٥٤٠٩).

(٣) انظر: «مختار الصحاح» (ص: ١٦).

ديونَه تتعلَّقُ برقبتِه وكسبِه، وإنها مالُ المولى، فلا بدَّ من إذنِه كيلا يبطُلَ حقُّه بغيرِ رضاهُ، ولهذا لا يرجِعُ بديونِه عليه، ولا يقبلُ التَّأقيتَ[1] حتى لو أذِنَ لعبدِه يوماً أو شهراً كان مأذوناً أبداً ما لم يُحجَرْ عليه، ثم الإذنُ كما يثبتُ بالصريحِ يثبتُ بالدلالةِ، حتى لو رأى عبدَه يبيعُ ويشتري فسكت، صارَ مأذوناً عندنا خلافاً لزُفرَ والشافعيِّ رحمهما الله[2]، ولا فرقَ بين أن يبيعَ عيناً مملوكاً للمولى أو للأجنبيِّ بإذنِه أو بغيرِ إذنه بيعاً صحيحاً أو فاسداً دفعاً للضَّررِ عن العامَّة؛ لأنَّ مَن يراه يظنُّه مأذوناً له فيُعاقدُه.

قال: (إِذَا أَذِنَ الْمَوْلَى لِعَبْدِهِ فِي التِّجَارَةِ إِذْنًا عَامًّا: جَازَ تَصَرُّفُهُ فِي سائِرِ التِّجَارَاتِ يَشْتَرِي وَيَبِيْعُ وَيَرْهَنُ وَيَسْتَرْهِنُ) (ه)[3]: ومعنى العموم أن يقولَ له: أذِنتُ لك في التجارة، ولم يقيِّدها، ووجهُه: أن التجارةَ اسمٌ عامٌّ، فيتناولُ الجنسَ كالبيعِ والشراءِ، وما هو من توابِعِها ولوازِمها كالرهنِ والارتهانِ واستئجارِ الأجراءِ والبيوتِ وزراعةِ الأراضي، قال النبيُّ عليه السلام: «الزارع يُتاجرُ ربَّه»[4]، وأن يشاركَ شركةَ عَنانٍ ومضارَبةٍ ويأخذَها؛ لأنَّها[5] من عادة التجَّار، ويوكِّلَ بالبيع والشراءِ، ولو باعَ أو اشترى بالغَبنِ اليسيرِ جازَ، وكذا بالفاحشِ عندَ أبي حنيفَةَ رحمه الله خلافاً لهما، وعلى هذا الخلافِ الصبيُّ المأذونُ، ولو حابى في مرضِ مَوتِه: يُعتبرُ من جميعِ المالِ إذا لم يكنْ

---

(١) في (ش): «التوقيت»، وفي (ف): «التأقت».

(٢) انظر: «فتح العزيز» (٩/ ١٢٥).

(٣) انظر: «الهداية» (٤/ ٢٨٧).

(٤) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٦٦): غريب جداً. وقال العيني في «البناية شرح الهداية» (١١/ ١٣٦): هذا الحديث ليس له أصل، وهو غريب جداً.

(٥) في (ج): «لأنه».

عليه دينٌ، فإن كانَ فمن جميعِ ما بقيَ؛ لأنَّ الاقتصارَ في الحرِّ لحقِّ الورَثة، ولا وارثَ للعبدِ، وإن كان دَينُه محيطاً بما في يدِه تخيَّرَ المشترِي بين أداءِ المحاباةِ وبين ردِّ البيعِ، ولو آجَر نفسَه جازَ خلافاً للشافعيِّ رحمه الله[1] كبيعه، ولنا: أن نفسَه رأسُ ماله، فيملِكُ التصرُّف فيه.

قال: (**فإنْ أَذِنَ له فِي نَوْعٍ منهَا دُونَ غَيْرِهِ: فهوَ مَأْذُونٌ لَهُ**[2] **في جَمِيعِهَا**) خلافاً لزفرَ والشافعيِّ رحمهما الله[3]، وعلى هذا الخلافِ إذا نهاه عن التصرُّفِ في نوعٍ آخرَ، لهما: الإذنُ توكيلٌ حتى يتحَجَّرُ بحجرِه، فيتخصَّصُ بالمأذونِ فيه كالمضاربةِ، ولنا أنَّه إسقاطُ الحقِّ وفكُّ الحَجرِ على ما بينَّاه، فتظهرُ مالكيَّةُ العبدِ، فلا يتخصَّصُ[4] بنوعٍ دونَ نوعٍ، بخلاف الوكيلِ؛ لأنَّه يتصرَّفُ في مال غيره، فيثبُتُ له الولايةُ من جهتِه، وحكمُ التصرُّفِ واقعٌ للعبدِ، حتى كان له أن يصرِفَه إلى قضاء الدَّينِ والنفقة، وما فضَلَ يخلُفُه المالكُ فيه.

(قب): إذا قال لعبدِه: أذِنتُ لك في التجارةِ أو في الخياطَةِ أو غيرِها، أو اعمَلْ في البقَّالينَ أو نحوِه، أو قال: أدِّ إليَّ الغلةَ، أو إن أدَّيتَ إليَّ ألفَ درهمٍ فأنت حرٌّ، أو اقعُدْ قصَّاراً، أو قال: آجِرْ هذا العبدَ، ولم يقل: من فلانٍ، أو رآه يبيعُ ويشتري فأعرَضَ عنه، صارَ بذلك كلِّه مأذوناً في جميعِ التِّجاراتِ والإجارةِ والمزارَعةِ والمعامَلةِ ويؤاجِرُ نفسَه، ولو قال: آجِرْ نفسَك من فلانٍ، فالقياسُ أن يصيرَ مأذوناً، وفي الاستحسان: لا، وكذلك لو قال: بِعْ هذا الثوبَ من فلان، واشترِ الثوبَ من فلان، ولو دفعَ إليه

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (٧/ ٣٩٢).

(٢) «له»: ليست في (ف) و(ج).

(٣) انظر: «روضة الطالبين» (٣/ ٥٧٥).

(٤) في (ج): «يخصص».

حماراً يبيعُ عليه الماء، أو ينقلُ الطعامَ للناسِ بالأجر: صارَ مأذوناً، ولو أمَرَه بشراءِ ثوبٍ للكِسْوةِ، أو لحمٍ بدرهمٍ، أو بقلٍ أو غيرِه من الطعامِ للأكلِ: لم يصِرْ مأذوناً، ولو أذِنَ له يوماً واحداً أو شهراً: كان[1] إذناً عاماً.

قال: (**وإنْ أذِنَ لهُ فِي شَيءٍ بِعَيْنِهِ: فَلَيْسَ بِمَأْذُونٍ**) كما لو أمرَه بشراءِ ثوبٍ للكِسْوةِ أو طعامٍ لأهلِه؛ لأنَّه استخدامٌ، بخلافِ ما إذا قال: أدِّ إليَّ الغلَّةَ كلَّ شهرٍ كذا، أو أدِّ إليَّ ألفاً وأنت حرٌّ؛ لأنَّه طلبَ منه المالَ، ولا يحصِّلُه إلا بالتكسُّبِ، أو قال: اقعُدْ صبَّاغاً أو قصَّاراً؛ لأنَّه أمرَه بشراءِ ما لا بدَّ منه، وهو نوعٌ.

وَإِقْرَارُ المَأْذُونِ بِالدُّيُونِ وَالغُصُوبِ: جَائِزٌ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ، وَلَا يُزَوِّجَ مَمَالِيكَهُ، وَلَا يُكَاتِبَ، وَلَا يَعْتِقَ عَلَى مَالٍ، وَلَا يَهَبَ بِعِوَضٍ، وَلَا بِغَيْرِ عِوَضٍ إِلَّا أَنْ يُهْدِيَ اليَسِيرَ مِن الطَّعَامِ، أَوْ يُضَيِّفَ مَنْ يُطْعِمُهُ.

وَدُيُونُهُ مُتَعَلِّقَةٌ بِرَقَبَتِهِ، يُبَاع فِيهَا لِلْغُرَمَاءِ، إِلَّا أَنْ يَفْدِيَهُ المَوْلَى وَيُقْسَمُ ثَمَنُهُ بَيْنَهُم بِالحِصَصِ.

قال: (**وإِقْرَارُ المَأْذُونِ بِالدُّيُونِ والغُصُوبِ: جَائِزٌ**) وكذا بالودائعِ؛ لأنَّ الإقرارَ من توابعِ التجارةِ، ولأنَّه لو لم يصِحَّ إقرارُه لامتنعَ الناسُ من المعامَلة معه، وإن كان إقرارُه في مرضِه يقدَّمُ دينُ الصَّحةِ كالحرِّ، بخلافِ الإقرارِ بما يجِبُ من المالِ لا بسببِ التِّجارةِ؛ لأنَّه كالمحجورِ في حقِّه.

قال: (**وليسَ لهُ أنْ يَتزَوَّجَ**) لأنَّه ليسَ بتجارةٍ، قال: (**ولا يُزَوِّجَ مَمَالِيكَهُ**) لِما مرَّ، وقال أبو يوسُفَ: يزوِّجُ الأمَةَ لأنَّه كإجارتِها، وعلى هذا الخلافِ الصبيُّ المأذونُ والمضارِبُ والشريكُ شرِكةَ عنانٍ والأبُ والوصيُّ.

---

(١) في (ف): «صار».

قال: **(ولا يُكَاتِبَ)** لأنَّه ليس بتجارةٍ؛ لأنَّ البدلَ فيها مقابَلٌ بفكِّ الحَجرِ إلَّا أن يُجيزَه المولى ولا دَينَ عليه؛ لأنَّه مِلكُ المولى، ويصيرُ العبدُ نائباً عنه، وترجعُ الحقوقُ إلى المولى؛ لأنَّ الوكيلَ في الكتابةِ سفيرٌ.

قال: **(ولا يَعْتِقَ على مَالٍ)** لأنَّه لا يملِكُ الكتابةَ، فالإعتاقُ أَولى، ولا يفوضُ؛ لأنَّه تبرُّع.

قال: **(ولا يَهَبَ بِعِوَضٍ، ولا بِغَيْرِ عِوَضٍ)** وكذا لا يتصدَّقُ؛ لأنَّه تبرُّع.

قال: **(إِلَّا أَنْ يُهْدِيَ اليَسِيرَ مِن الطَّعَامِ، أو يُضَيِّفَ مَن يُطْعِمَهُ)** لأنَّه من ضرورةِ التِّجارةِ استجلاباً لقلوبِ المجاهِزين[1]، ورويَ: «أنَّ سلمانَ أهدَى إلى النبيِّ عليه السلام وهو مملوكٌ، فأكلَه وأصحابَه»[2]، بخلاف المحجور.

وقال أبو يوسُف: إذا أعطى المولى المحجورَ قوتَ يومِه، فدعا بعضَ رفقائه على ذلك الطعام: فلا بأسَ به، بخلافِ ما إذا أعطَاه قوتَ شهرٍ، وسُئلَ عمرُ رضي الله عنه عن العبدِ يتصدَّق؟ فقال: الرغيفُ ونحوُه[3]، وقال الشافعيُّ رحمه الله[4]: ليسَ للمأذونِ أنْ يتَّخذَ وليمةً ولا يهَبَ الطعامَ.

(هـ)[5]: قالوا: ولا بأسَ للمرأةِ أن تتصَدَّقَ من مال زوجِها بالشيءِ اليسيرِ كالرَّغيفِ ونحوِه؛ لأنَّه غيرُ ممنوعٍ عادةً، وله أن يحُطَّ من الثَّمنِ بالعيبِ، ولا يحُطُّ من غيرِ عَيبٍ؛ لأنَّه تبرُّعٌ، وله المحاباةُ ابتداءً، والتأجيلُ في الدَّينِ لأنَّه من عادةِ التجارِ.

---

(١) في (ص) زيادة: «ليكثر التجارة».

(٢) رواه أبو عبيد في «الأموال» (١٧٧١).

(٣) رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٠٥٥٦).

(٤) انظر: «نهاية المطلب في دراية المذهب» (٥/ ٤٧٨).

(٥) انظر: «الهداية» (٤/ ٢٨٩).

قال: (ودُيُونُهُ مُتَعَلِّقَةٌ برَقَبَتِهِ، يُبَاعُ فِيهَا[1] لِلْغُرَمَاءِ، إِلَّا أَنْ يَفْدِيَهُ المَوْلَى) وقال زُفرُ والشافعيُّ رحمهما الله[2]: لا يُباعُ؛ لأنَّ الغرضَ من الإذنِ تحصيلُ ما لم يكُنْ لا تفويتُ ما قد كانَ، وذلك في تعلُّقِ الدَّين بكسْبِه لا برقبتِه، ولنا: أنَّ الواجبَ في ذمَّة العبدِ يظهرُ وجوبُه في حقِّ المولى، فيتعلَّقُ برقبتِه استيفاءً، كدَين الاستهلاكِ دفعاً للضررِ عن الناسِ، ويتعلَّقُ بكسبِه بالإجماعِ، ويُبدأُ به نظراً للجانبَين، والمرادُ بديونِه: ما وجبَ عليه بالتجارةِ وما في معناها كالبيعِ والشراءِ، والإجارةِ والاستئجارِ، وضمانِ المغصُوبِ والوَدائعِ والأماناتِ إذا جحَدَها، وما يجِبُ من العَقرِ بوطءِ المشتراةِ بعدَ الاستحقاقِ لاستِنادِه إلى الشراءِ.

قال: (ويُقْسَمُ ثَمَنُهُ بَيْنَهُمْ بِالحِصَصِ) لتعلُّقِ حقِّهم بالرقبةِ كتعلُّقِها بالتركةِ.

فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ مِنْ دُيُونِهِ: طُولِبَ بِهِ بَعْدَ الحُرِّيَّةِ فَإِنْ حَجَرَ عَلَيْهِ: لَمْ يَصِرْ مَحْجُورًا عَلَيْهِ حَتَّى يَظْهَرَ الحَجْرُ بَيْنَ أَهْلِ سُوقِهِ، وَلَوْ مَاتَ المَوْلَى أَوْ جُنَّ، أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ مُرْتَدًّا: صَارَ المَأْذُونُ مَحْجُورًا وإذا أَبَقَ العَبْدُ المَأْذُونُ: صَارَ مَحْجُوراً.

فَإِذَا حَجَرَ عَلَيْهِ: فَإِقْرَارُهُ جَائِزٌ فِيمَا فِي يَدِهِ مِن المَالِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

قال: (فإنْ فَضَلَ شَيْءٌ مِنْ دُيُونِهِ: طُولِبَ بِهِ بعدَ الْحُرِّيَّةِ) لتقرُّرِ الديونِ في ذمَّتِه وعدمِ وفاءِ كسْبِه ورقبتِه به، ويتعلَّقُ دَينُه بكسبِه[3] سواءٌ حصلَ قبلَ الدَّين أو بعدَه، ولا يتعلَّقُ بما أخذَ المولى قبلَ الدَّينِ لخلوصِه، وللمَولى أن يأخُذَ غلَّةَ مثلِه بعدَ الدَّين؛ لأنَّه

---

(١) «فيها»: ليست في (ف) و(ج).

(٢) انظر: «الحاوي الكبير» (٧/ ٤٢)، و«البيان» (٧/ ٢٤٠).

(٣) في (ج) زيادة: «وهبته».

لو لم يتمَكَّنْ يحجَرُ عليه، فيفُوتُ الكسْبُ، ويردُّ الزِّيادةَ على غلَّةِ المثلِ على الغرَماءِ لعَدمِ الضَّرورةِ فيها.

(شق): ولا يجوزُ للمولى بيعُه إلا بإذنِ الغرَماءِ أو القاضِي أو بقضاء الدَّينِ نظراً إلى حقِّ الغُرَماء[١]؛ لأنَّ لهم ولايةَ استِسعائهِ في أضعافِ ثمنِه، لكنَّه مؤخَّرٌ، وولايةُ بيعِه استعجالاً لثمنِه وبيعُه يُسقطُ خيرتَهم، ولو أذنَ بعضُ الغرماءِ: لم يجُزْ لحقِّ[٢] الباقين، ولو باعَه القاضِي للحضُورِ جازَ لعمومِ ولايتِه، ويعزِلُ حقَّ الغيبِ، ويجوزُ إقرارُه لغائبٍ قبلَ البيعِ، ولا يجوزُ بعدَه؛ لأنَّ بيعَه حَجْرٌ عليه، فلو أقامَ بيِّنةً ـ يعني: الغائبَ ـ اتَّبعَ الغرماءَ بحصَّتِه كما في التركةِ، ولو كانَ في يدِ العبدِ المديونِ[٣] مالٌ، فقال مولاه: هو مالي، فالقولُ للعبدِ؛ لأنَّ يدَ العبدِ المديون[٤] يدُ الغُرَماء، ولو كان في يد المولى والعبد، فهو بينَهما نصفان، ولو كان معهما أجنبيٌّ فأثلاثاً، ولو لم يكُنْ مديوناً والمالُ في أيديهم فللأجنبيِّ نصفُه؛ لأنَّ يدَ العبد يدُ المولى.

قال: **(وإن حَجَرَ عليهِ: لم يَصِرْ مَحْجُورًا عَلَيهِ حتَّى يَظْهَرَ الحَجْرُ بينَ أَهْلِ سُوقِهِ)** دفعاً للضررِ عنهم، ويشترَطُ أن يعلَمَه أكثَرُ أهل سوقِه، ولو علِمَه رجلٌ أو رجلان فحسْبُ، ثم بايَعاه[٥]: جاز، ولا ينحجِرُ ما لم يعلَمْ بحجْرِ المولى، كالوكيلِ إذا عُزل.

---

(١) في (ف) و(ج): «نظراً للغرماء».

(٢) في (ج): «بحق».

(٣) في (ص) و(ش): «المأذون».

(٤) في (ص): «المأذون».

(٥) في (ف) و(ج): «بايعوه».

(هـ)[١]: وإنما يشترَطُ الشيوعُ في الحَجْرِ إذا كانَ الإذنُ شائعاً، حتى لو لم يعلَمْه إلا العبدُ ثمَّ حجَرَه بعلمِه انحجرَ.

قال: **(ولَو مَاتَ المَوْلَى أو جُنَّ، أو لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ مُرْتَدًّا: صارَ المَأْذُونُ مَحْجُورًا)** لانعدامِ أهليَّةِ الإذنِ بالموتِ والجنونِ كالوكالةِ.

قال: **(وإذَا أَبَقَ العَبْدُ المَأْذُونُ: صَارَ مَحْجُوراً)** خلافاً للشافعيِّ رحمه الله[٢]؛ لأنَّ الإباقَ لا يُنافي ابتداءَ الإذنِ، فكذا بقاؤُهُ كالغصبِ، ولنا: الإباقُ حَجرٌ دلالةً؛ لأنَّه إنما يرضَى بكونِه مأذُوناً على وجهٍ يتمَكَّنُ من قضاءِ دَينِه بكسْبِه، بخلافِ ابتداءِ الإذنِ؛ لوجودِ التَّصريحِ به، وبخلافِ الغَصبِ؛ لأنَّ الانتزاعَ من يدِ الغاصبِ متيسِّر.

قال: **(فإذا حَجَرَ عليهِ[٣]: فَإِقْرَارُهُ جَائِزٌ فيما في يَدِهِ من المَالِ عندَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله)** وقالا: لا يصِحُّ إقراره؛ لأنَّ المصحِّحَ لإقرارِه إن كان هو الإذنُ فقد زال بالحَجْرِ، وإن كان هو اليدُ فالحَجْرُ أبطَلَها، وصار كما لو أخذَ المولى الكسْبَ قبلَ إقرارِه، وله: المصحِّحُ هو اليدُ، ولهذا لا يصِحُّ إقرارُ المأذونِ فيما أخذَه المولى من يدِه، واليدُ باقيةٌ[٤] حقيقةً، وإنما يحكَمُ ببطلانِها لفراغِها عن حاجته، وإقرارُه دليلُ تحقُّقِ الحاجة، بخلاف ما أخَذَه المولى؛ لأنَّ يدَه قائمةٌ فيها حقيقةً وحُكماً، فلا يبطُلُ بإقرارِه وبخلافِ رقبتِه؛ لأنَّ مِلكَه ثابتٌ فيها، فلا يبطُلُ من غيرِ رضاه، قلتُ: ومعنى الإقرارِ بما في يدِه أن يقِرَّ أنَّه أمانةٌ لغيرِه أو غصبٌ عنه، أو يقِرَّ بدينٍ عليه فيقضِيَ مما في يدِه.

---

(١) انظر: «الهداية» (٤/ ٢٩٠).

(٢) انظر: «البيان» (٧/ ٢٤٢).

(٣) في (ف) و(ج) زيادة: «المولى».

(٤) في (ج): «واليد قائمة فيها».

وَإِذَا لَزِمَتْهُ دُيُونٌ تُحِيطُ بِمَالِهِ وَرَقَبَتِهِ: لَمْ يَمْلِك المَوْلَى مَا فِي يَدِهِ، وَإِنْ أَعْتَقَ عَبِيدَهُ: لَمْ يَعْتِقُوا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَمْلِكُ مَا فِي يَدِهِ، وَإِذَا بَاعَ مِن المَوْلَى شَيْئًا بِمِثْلِ قِيمَتِهِ: جَازَ، وَإِنْ بَاعَهُ بِنُقْصَانٍ: لَمْ يَجُزْ، وَإِنْ بَاعَهُ المَوْلَى شَيْئًا بِمِثْلِ القِيمَةِ أَوْ أَقَلَّ: جَازَ، فَإِنْ سَلَّمَهُ إِلَيْهِ قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ: بَطَلَ الثَّمَنُ، وَإِنْ أَمْسَكَهُ فِي يَدِهِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ: جَازَ.

قال: (**وإذَا لَزِمَتْهُ دُيُونٌ تُحِيطُ بِمَالِهِ ورَقَبَتِهِ: لم يَمْلِكْ المَوْلَى ما في يَدِهِ، وإنْ**[1] **أَعْتَقَ عَبِيدَهُ: لم يَعْتِقُوا عندَ أبي حَنِيفَةَ، وقالَ أَبُو يُوسُف ومُحَمَّدٌ: يَمْلِكُ ما في يَدِهِ**) ويعتِقونَ وعليه قيمتُهم؛ لأنَّه وُجدَ سببُ المِلكِ في كسبِه؛ وهو مِلكُ رقَبتِه، ولهذا يملِكُ إعتاقَه ووطءَ المأذونةِ، بخلافِ الوارثِ؛ لأنَّه يثبتُ المِلكُ له نظراً للمورِّث، والنظرُ في ضدِّه عند إحاطةِ الدَّينِ بتركتِه، وله أنَّ مِلكَ المَولى إنما يثبُتُ في كسبِه خلافةً عنه عند فراغِه عن حاجتِه كمِلكِ الوارثِ، وإن لم يكُنْ مُحيطاً بماله: جازَ عتقُه إجماعاً.

قال: (**وإذا باعَ من المَولَى شَيْئًا بِمِثْلِ قِيمَتِهِ: جَازَ**) لأنَّه كالأجنبيِّ عن كسْبِه إذا كان عليه دينٌ، وأصلُه أنَّ المولى لا يستوجِبُ على عبدِه ديناً؛ لأنَّه لو اقتضى لاقتضى مالَ نفسِه، ولا يستوجِبُ العبدُ على مولاه[2]؛ لأنَّه لو قضاه لا يخرُجُ عن مِلكِه، فلا يُتصوَّرُ فيه معناه إلا إذا كانَ عليه دَينٌ، فيصيرُ كالأجنبيِّ عنه.

---

(١) في (ف) و(ج): «ولو».

(٢) في (ف) زيادة: «ديناً».

قال: (وإنْ بَاعَهُ بِنُقْصَانٍ: لم يَجُزْ) لأنَّه متهَمٌ في حقِّه، بخلافِ ما إذا حابى الأجنبيَّ عندَ أبي حنيفةَ رحمه الله؛ لأنَّه لا تُهمةَ فيه، وبخلافِ ما إذا باع المريضُ من وارثِه بمثلِ قيمتِه، حيث لا يجوزُ عنده لتعلُّقِ حقِّ بقيةِ الورَثةِ بعينِه، ولهذا كانَ له[1] استِخلاصُه بالقيمةِ، وحقُّ الغرَماءِ تعلقَ بالماليةِ لا غيرُ، فافترَقا، وقالا: إن باعَه بنقصانٍ يجوزُ البيعُ ويخيَّرُ المولى إنْ شاءَ أزالَ المحاباةَ، وإن شاءَ نقضَ.

(هـ)[2]: واليسيرُ من المحاباةِ والفاحشُ سواءٌ في المذهبَين دفعاً للضررِ عن الغرَماء، ويجوزُ في اليسير من الأجنبيِّ، ولا يؤمَرُ بردِّها لفارق التُّهمة.

قال: (وإن بَاعَهُ المَولَى شَيْئًا بِمِثْلِ القِيمَةِ أو أَقَلَّ: جَازَ) البيعُ، لِما مرَّ أنَّ المولى أجنبيٌّ عن كسبِه في فضلِ الدَّين، ولا تهمةَ فيه، فجازَ.

قال: (فَإن سَلَّمَهُ إليه قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ: بطَلَ الثَّمَنُ) لأنَّ حقَّ المولى في العينِ للجنسِ، وقد سقطَ، وهو لا يوجِبُ على عبدِه ديناً.

قال: (وَإِنْ أَمْسَكَه في يَدِهِ حَتَّى يَسْتَوفِيَ الثَّمَنَ: جَازَ) لأنَّ للبائعِ حقَّ حبسِ المبيعِ، ولهذا كانَ أحقَّ[3] به مِن الغرماءِ.

(هـ)[4]: ولو باعَه بأكثرَ من قيمتِه: يؤمرُ بإزالةِ المحاباةِ أو نقضِ البيعِ كما بينَّا.

---

(١) في (ص) و(ف): «لهم».

(٢) انظر: «الهداية» (٤/ ٢٩٢).

(٣) في (ص) و(ش): «كان أخص».

(٤) انظر: «الهداية» (٤/ ٢٩٢).

وَإِذَا أَعْتَقَ المَوْلَى العَبْدَ المَأْذُوْنَ وَعَلَيْهِ دُيُونٌ: فَعِتْقُهُ جَائِزٌ، وَالمَوْلَى ضَامِنٌ لِقِيمَتِهِ لِلْغُرَمَاءِ، وَمَا بَقِيَ مِن الدَّيْنِ: يُطَالَبُ بِهِ المُعْتَقُ، وَإِذَا وَلَدَت الأَمَةُ المَأْذُونَةُ مِنْ مَوْلَاهَا: فَذَلِكَ حَجْرٌ عَلَيْهَا.

وَإِذَا أَذِنَ وَلِيُّ الصَّبِيِّ لِلصَّبِيِّ فِي التِّجَارَةِ: فَهُوَ فِي الشِّرَاءِ وَالبَيْعِ، كَالعَبْدِ المَأْذُونِ إِذَا كَانَ يَعْقِلُ البَيْعَ.

قال: (**وإذا أَعْتَقَ المَولَى العَبدَ المَأْذُوْنَ وعليهِ دُيُونٌ: فَعِتْقُهُ جَائِزٌ**) لبقاء مِلكِه كالمرهونِ.

قال: (**والمَوْلَى ضَامِنٌ لِقِيمَتِهِ لِلْغُرَمَاءِ**) لأنَّه أتلفَ متعلَّقَ حقِّهم ماليةً.

قال: (**وما بَقِيَ من الدَّيْنِ: يُطَالَبُ به المُعْتَقُ**) لبقاء الدَّينِ في ذمَّتِه، ولا يلزمُ المولى إلا بقدْرِ ما أتلفَ، فبقيَ الباقي عليه، ولو باعَه المولى وعليه دَينٌ مُحيطٌ برقَبتِه وقبَضه المشتري وغيَّبه، فإن شاء الغُرَماءُ ضمَّنُوا البائعَ قيمتَه، وإن شاؤوا ضمَّنوا المشتريَ؛ لأنَّ البائعَ متلِفٌ بالبيع والتسليم، والمشتري بالقبضِ والتغييبِ، وإن شاؤوا أجازوا البيعَ وأخذوا الثمنَ كالمرهونِ.

(هـ)[١]: ولو ضمَّنُوا المولى قيمتَه، ثم رُدَّ عليه بعيبٍ يرجِعُ بقيمتِه على الغُرَماءِ، ويكونُ حقُّهم في العبدِ كالغاصبِ، ولو باعَه ثم غابَ فلا خصُومةَ بين المشتري والغرماءِ إذا أنكرَ الدَّينَ خلافاً لأبي يوسُفَ، وعلى هذا الشفيعُ إذا غابَ البائعُ، ومَن قدِمَ مِصراً، فقال: أنا عبدُ فلانٍ، فباعَ واشترى، فهو لازمٌ أخبرَ بالإذنِ أو لا، ولا يُباعُ في الديونِ حتى يحضُرَ مولاهُ، والقولُ له[٢] في الإذنِ وعدَمِه.

---

(١) انظر: «الهداية» (٤/ ٢٩٤).

(٢) في (ف): «والقول قول المولى به».

قال: (وإذا وَلَدَتْ المَأْذُونَةُ مِن مَوْلَاهَا فذلكَ حَجْرٌ عليهَا) لأنَّه تعذَّرَ استيفاءُ الدَّين من رقبتِها، فبطَلَ الإذنُ كما لو أعتقَها.

قال: (وَإِذَا أَذِنَ وَلِيُّ الصَّبِيِّ للصَّبِيِّ فِي التِّجَارَةِ: فَهُو فِي الشِّرَاءِ والبَيْعِ، كَالعَبْدِ المَأْذُونِ إِذَا كَانَ يَعْقِلُ البَيْعَ) حتى ينفُذَ تصرُّفاتُه.

وقال الشافعيُّ رحمه الله[1]: لا ينفُذُ؛ لأنَّ حَجْرَه لِصباه، فيبقَى ببقائه كالطلاقِ والعتاقِ؛ ولأنَّه مولًى عليه، فلا يكونُ والياً للمُنافاةِ.

ولنا: أنَّه تصرُّفٌ مشروعٌ صدرَ من أهلِه مضافاً إلى محلِّه عن ولايةٍ شرعيةٍ، فوجبَ تنفيذُه على ما عُرفَ في الخلافِ، والصِّبى سببُ الحَجْرِ لعدمِ الهدايةِ لا لذاتِه، وقد ثبتتْ الهدايةُ نظراً إلى إذنِ المولى، ولأنَّ نفاذَه أنظَرُ للصَّبي لحصُولِ مصلحتِه بطريقَين، بخلافِ الطلاقِ والعِتاقِ؛ لأنَّه ضررٌ محضٌ، فلم يؤهَّلْ له، والهبةُ والصدقةُ نفعٌ محضٌ، فأهِّلَ له قبلَ الإذنِ، والبيعُ والشراءُ دائرٌ بين النفعِ والضررِ، فيؤهَّلُ بالإذن، وقيل: يتوقَّفُ على إجازةِ المولى لاحتمالِ نفعِه، والوليُّ الأبُ والجدُّ عند عدَمِه، والوصيُّ والقاضِي والوالي دونَ صاحبِ الشُّرطِ؛ لأنَّه لا يقلَّدُ القضاءَ، وشرطُ صحَّتِه أن يعقِلَ أن البيعَ سالبٌ للمِلك جالبٌ للربحِ.

قلتُ: وتشبيهُه بالعبدِ يفيدُ أنَّ ما يثبُتُ في العبدِ من أحكامِ الإذنِ يثبُتُ في حقِّه، فلا يتقيدُ تصرُّفُه بنوعٍ دونَ نوعٍ، ويصيرُ مأذوناً بالسكوتِ، ويصِحُّ إقرارُه بما في يدِه من إكسابِه، وكذا الموروثةُ[2] في ظاهرِ الروايةِ، ولا يملِكُ تزويجَ عبدِه ولا كتابتَه كما في العبدِ.

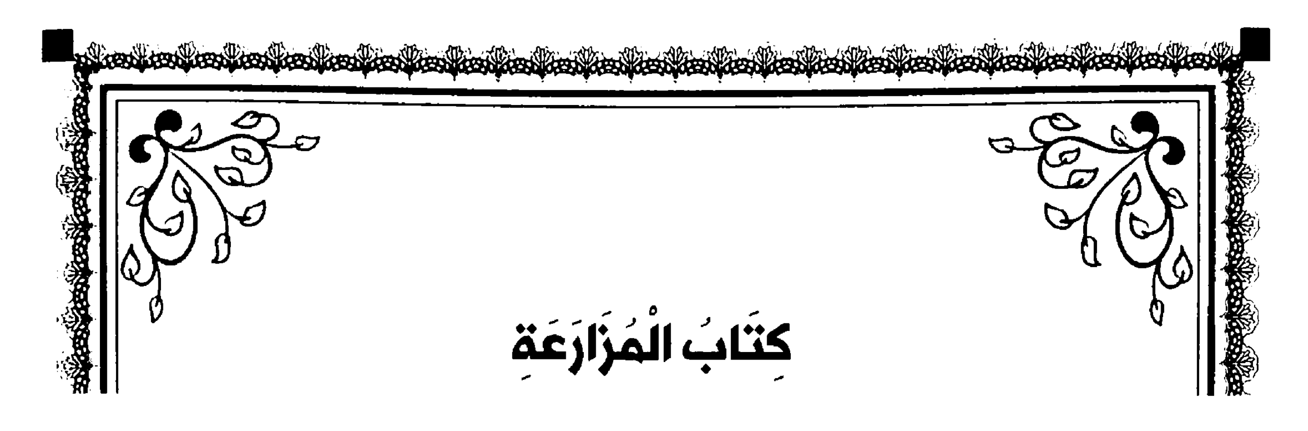
(هـ)[3]: والمعتوهُ الذي يعقِلُ البيعَ والشراءَ كالصبيِّ فيما بينَّا.

---

(١) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (٥/ ١٢).

(٢) في هامش (ش): «ولد الموروثة».

(٣) انظر: «الهداية» (٤/ ٢٩٥).



كِتَابُ الْمُزَارَعَةِ

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: الْمُزَارَعَةُ بِالثُّلُثِ وَالرُّبُعِ بَاطِلَةٌ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: جَائِزَةٌ. وَهِيَ عِنْدَهُمَا عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: إِذَا كَانَتِ الْأَرْضُ وَالْبَذْرُ لِوَاحِدٍ، وَالْعَمَلُ وَالْبَقَرُ لِآخَرَ: جَازَتْ الْمُزَارَعَةُ، وَإِنْ كَانَت الْأَرْضُ لِوَاحِدٍ، وَالْعَمَلُ وَالْبَقَرُ وَالْبَذْرُ لِوَاحِدٍ: جَازَ، وإن كانَتْ الأَرْضُ والبَقَرُ لِوَاحِدٍ، والبَذْرُ لِوَاحِدٍ والعَمَلُ من آخَرَ: جَازَ، وإن كَانَتْ الأَرْضُ والبَقَرُ لِوَاحِدٍ، والبَذْرُ والعَمَلُ لِوَاحِدٍ: فهي بَاطِلَةٌ، وَلَا تَصِحُّ الْمُزَارَعَةُ إِلَّا عَلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ، وَأَنْ يَكُونَ الخَارِجُ شَائِعًا بَيْنَهُمَا.

كِتَابُ المُزَارَعَةِ

بسم الله الرحمن الرحيم

المزارَعةُ لغةً: مفاعَلةٌ من الزَّرعِ[1]، وفي الشرعِ: عقدٌ على الزِّراعةِ ببعضِ الخارجِ، وتسمَّى المزارَعةُ مخابَرةً؛ لأنَّ الزارعَ خبيرٌ، وقيل: لعقدِ النبيِّ عليه السلام على أهلِ خَيبرَ.

قال: (قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمه الله: المُزَارَعَةُ بِالثُّلُثِ والرُّبُعِ بَاطِلَةٌ، وقَالَ أَبُو يُوسُفَ ومُحَمَّدٌ: جَائِزَةٌ) «لأنَّ النبيَّ عليه السلام عامَلَ أهلَ خيبرَ على نصْفِ ما يخرُجُ من تمرٍ أو زرعٍ» وللتَّعارُف، ولأنَّه عقدُ شركةٍ بين المالِ والعملِ المؤثِّرِ فيه، فجازَ اعتباراً بالمضارَبةِ للحاجَةِ الغالبةِ، بخلافِ دفعِ الغنمِ والدَّجاجِ ودودِ القزِّ معامَلةً بنصفِ

---

(١) انظر: «المصباح المنير» (١/ ٢٥٢).

الزوائدِ؛ لأنَّه لا أثرَ هناك للعملِ في تحصيلِهَا، وله ما روى رافعُ بنُ خَديجٍ: «أنَّه عليه السلام نهَى عن المخابرَةِ»[1] ورويَ: «المحاقَلةِ والمزابَنة»[2].

والمحاقَلةُ: المزارَعةُ، ولأنَّه عقدٌ على المنفعَةِ ببدَلٍ معدومٍ ومجهولٍ، وكلاهما مفسِدٌ، ومعامَلةُ أهلِ خيبرَ كان خَراجَ مقاسَمةٍ بالصُّلحِ، ثم لمَّا فسَدَتْ عندَه فإن سقَى الأرضَ وكرَبَها فلم يخرُجْ شيءٌ، فله أجرُ مثلِه إذا كان البَذرُ من قبَلِ ربِّ الأرضِ، وإن كانَ من قبَلِه فعليه أجرُ مثلِ الأرضِ، والخارجُ كلُّه لصاحبِ البَذرِ[3] في الوجهَين، والفتوى على قولِهما للحاجة والتعامُل، والقياسُ يُترَكُ بالتعامُلِ كما في الاستصناعِ.

وقال الشافعيُّ رحمه الله[4]: يجوزُ المزارَعةُ تَبعاً للمُسَاقاةِ على الأرضِ التي بينَ النَّخلِ لحديثِ أهلِ خيبرَ، ولنا ما مرَّ.

قال: (وهيَ عِنْدَهُمَا على أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: إذَا كانَتِ الأَرْضُ والبَذْرُ لِوَاحِدٍ، والعَمَلُ والبَقَرُ لآخَرَ: جَازَتْ المُزَارَعَةِ) لأنَّ البقرَ آلةُ العملِ، فلم يقابِلْها شيءٌ كإبرةِ الخيَّاطِ، فصارَتِ الأرضُ مستأجَرةً للعامَلِ ليعمَلَ ببقْرِه، فجازَ.

قال: (وإنْ كَانَتِ الأَرْضُ لِوَاحِدٍ، والعَمَلُ والبَقَرُ والبَذْرُ لِوَاحِدٍ: جازَ) لأنَّه استئجارُ الأرضِ ببعضِ الخارجِ، فجازَ كخَراجِ المقاسَمةِ.

---

(١) رواه أبو داود (٣٤٠٧)، وأحمد في «مسنده» (٢١٦٣١)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢١٢٥٥)، وعبد بن حميد في «المنتخب» (٢٥٣)، والطبراني في «المعجم الكبير» (٥/ ١٥٩) (٤٩٣٨)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١١٧٢٨).

(٢) رواه البخاري (٢٣٨١)، ومسلم (١٥٣٦) من حديث جابر رضي الله عنه.

(٣) في (ش): «الأرض».

(٤) انظر: «الأم» (٤/ ١٢).

(هـ)[١]: ولصحَّة المزارعَة عندَهما شروطٌ ثمانيةٌ:

أحدُها: كونُ الأرضِ صالحةً للزراعةِ.

وثانيها: أهليةُ المتعاقدَين.

وثالثُها: بيانُ المدَّة.

ورابعُها: بيانُ مَن عليهِ البَذر.

وخامسُها: بيانُ نصيبِ العاملِ.

وسادسُها: التَّخلِيةُ بين الأرضِ والعاملِ، ولو شُرطَ العملُ على ربِّ الأرضِ: فسَدَتْ.

وسابعُها: الشرِكةُ في الخارجِ بعدَ حصُولِه.

وثامنُها: بيانُ جنسِ البَذرِ ليَصِيرَ[٢] الأجرُ معلوماً.

قال: (وإنْ كانَتْ الأَرْضُ والبَقَرُ لِوَاحِدٍ، والبَذْرُ لِوَاحِدٍ والعَمَلُ من آخَرَ: جَازَ[٣] لأَنَّه استأجَرَه للعملِ بآلةِ المستأجِرِ، كمَنِ استأجَرَ طيَّاناً ليطيِّنَ بمَرِّه.

قال: (وإنْ كَانَتْ الأَرْضُ والبَقَرُ لِوَاحِدٍ، والبَذْرُ والعَمَلُ لِوَاحِدٍ: فهيَ بَاطِلَةٌ) في ظاهرِ الروايةِ، وعن أبي يوسُفَ: أنَّه يجوزُ اعتباراً بالفصلِ الأوَّل، ولنا: أنَّ منفعةَ البقرِ ليسَتْ من جنسِ منفَعةِ الأرضِ؛ لأنَّ منفعةَ الأرضِ قوَّةٌ في طبعِها محصِّلةٌ للنَّماءِ، ومنفعةَ البقرِ صلاحيةُ إقامةِ العملِ بها، فلم يتجانَسا، فلم يُجعَلْ تَبعاً، بخلافِ جانبِ العملِ لتَجانُسِ المنتَفِعتَين، فجُعِلَتْ منفعةُ البقرِ تابعةً لمنفعَةِ العملِ.

---

(١) انظر: «الهداية» (٤/ ٣٣٧ـ٣٣٨).

(٢) في (ف) و(ج): «فيصير».

(٣) في (ش): «جازت».

(هـ)[١]: وهنا وجهانِ آخرانِ لم يذكُرْهما: أحدُهما: أن يكونَ البَذرُ لأحدِهما، والأرضُ والبقرُ والعملُ لآخَرَ: لا يجوزُ؛ لأنَّه يتمُّ شركةً بينَ البَذرِ والعمَلِ، ولم يرِدْ به الشرعُ، والثاني: أن يَجمعَ بين البَذرِ والبقرِ، وإنه لا يجوزُ أيضاً؛ لأنَّه لا يجوزُ عندَ الانفرادِ، فكذا عندَ الاجتماعِ، والخارجُ في الوجهَين لصاحبِ البَذرِ، وفي روايةٍ: لصاحبِ الأرضِ، ويصيرُ مستَقرِضاً للبَذْرِ قابِضاً باتصالِه بزرعِه.

قال: (ولا تَصِحُّ المُزَارَعَةُ إلَّا على مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ) كالإجارةِ **(وأَنْ يَكُونَ الخَارِجُ شَائِعًا بَيْنَهُمَا)** تحقيقاً لمعنى الشركةِ.

(جش شح): ولا تصِحُّ المزارَعةُ إلا على مدَّةٍ معلومةٍ عندَ المتقدِّمين، وقال محمدُ بنُ سلَمَةَ: هذا على حسَبِ عادتِهم بالكوفةِ؛ لأنَّ وقتَ مزارَعتِهم لا يكونُ معلوماً؛ لزراعتِهم في كلِّ وقتٍ تقديماً وتأخيراً، فأمَّا في ديارِنا لا يمكنُ إلَّا في مدَّةٍ معلومةٍ، فإذا لم يبيِّناها فلقائلٍ أن يقولَ: يجوزُ ويتصرَّفُ إلى تلك[٢] المدَّة.

(صغر): عن محمَّدِ بنِ سلَمَةَ: إذا لم يبيِّنِ المدَّةَ يصِحُّ لسنةٍ[٣] واحدةٍ، وبه أبو الليثُ، والمرادُ من سنةٍ واحدةٍ زرعٌ واحدٌ، وعليه الفتوَى.

وفي «الحاوي»: زرعَ المزارعُ في السنةِ الثانيةِ بغيرِ أمرِ ربِّ الأرضِ، فنبَتَ أو لم ينبُتْ، فسمِعَ فلم يُجِزْ، قال محمدُ بنُ سلَمَةَ: إن كانت العادةُ بين أهلِ هذه القريةِ أنَّهم يزرعون مرةً بعدَ أخرى من غيرِ تجديدِ عقدٍ: جازَ.

---

(١) انظر: «الهداية» (٤/ ٣٣٨).

(٢) في (ش): «ملك».

(٣) في (ج): «بسنة».

فَإِنْ شَرَطَا لِأَحَدِهِمَا قُفْزَانًا مُسَمَّاةً: فَهِيَ بَاطِلَةٌ، وَكَذَلِكَ إِذَا شَرَطَا مَا عَلَى الْمَاذْيَانَاتِ وَالسَّوَاقِي.

وَإِذَا صَحَّتِ الْمُزَارَعَةُ: فَالخَارِجُ بَيْنَهُمَا عَلَى الشَّرْطِ، فَإِنْ لَمْ تُخْرِجْ الأَرْضُ شَيْئًا فَلَا شَيْءَ لِلعَامِلِ، وَإِذَا فَسَدَت المُزَارَعَةُ: فَالخَارِجُ لِصَاحِبِ البَذْرِ، فَإِنْ كَانَ البَذْرُ مِنْ قِبَلِ رَبِّ الأَرْضِ: فَلِلْعَامِلِ أَجْرُ مِثْلِهِ، لَا يُزَادُ عَلَى مِقْدَارِ مَا شُرِطَ لَهُ مِنَ الخَارِجِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: عَلَيهِ أَجْرُ مِثْلِهِ بَالِغًا مَا بَلَغَ، وَإِنْ كَانَ مِنْ قِبَلِ العَامِلِ: فَلِصَاحِبِ الْأَرْضِ أَجْرُ مِثْلِهَا.

قال: (فَإِنْ شَرَطَا لأَحَدِهِمَا قُفْزَانًا مُسَمَّاةً: فهي بَاطِلَةٌ) لأنَّ به تنقطعُ الشركةُ؛ لأنَّه عسى أن لا تخرجَ الأرضُ إلا هذا القدرَ.

قال: (وكَذَلِكَ إِذَا شَرَطَا ما على المَاذْيَانَاتِ[1] والسَّوَاقِي) وكذا إذا شرطا أن يُخرجَ صاحبُ البَذرِ بذرَه والباقي نصفانِ ونحوُه لِما مرَّ، وعلى هذا إذا شرَطَ لأحدِهما التِّبنَ والحبَّ نصفان، أو على العكسِ، وإنْ شرَطا الحبَّ نصفين ولم يتعرَّضا للتِّبنِ صحَّتْ، والتِّبنُ لصاحبِ البَذرِ؛ لأنَّه نماءُ بذرِه.

وقال مشايخُ بلْخَ: التبنُ بينهما اعتباراً للعُرفِ، ولأنَّه تبَعٌ للحبِّ، ولو شرط الحَبَّ نصفَين والتِّبنَ لصاحب البَذرِ صحَّت؛ لأنَّه حكمُ العقدِ، وإن شرَطَ التِّبنَ للآخرِ فسَدَتْ؛ لأنَّه يخالِفُه.

قال: (وَإِذَا صَحَّتِ المُزَارَعَةُ: فَالخَارِجُ بَينَهُمَا[2] عَلَى الشَّرْطِ) لصحَّةِ الالتزام.

---

(١) في هامش (ش): «الماذيانات: الأنهار العظام التي يتفرع منها السواقي».

(٢) «بينهما»: ليست في (ف) و(ج).

قال: (**فإنْ لم تُخرِجْ الأَرْضُ شَيْئًا فلا شَيءَ لِلْعَامِلِ**) لأنَّه يستحِقُّه شرِكةً، ولا شركةَ في غيرِ الخارجِ، بخلافِ ما إذا فسَدَت؛ لأنَّ أجرَ المثلِ في الذمَّة، وهي لا تفوتُ بعدمِ الخارجِ.

قال: (**وإذا فَسَدَتْ المُزَارَعَةُ: فَالخَارِجُ لِصَاحِبِ البَذْرِ**) لأنَّه نماءُ مِلكِه، واستحقاقُ شريكِه بالتسميةِ، وقد فسَدَتْ، فبقيَ النماءُ كلُّه لصاحبِ البَذرِ.

قال: (**وإنْ كَانَ البَذْرُ مِن قِبَلِ رَبِّ الأَرْضِ: فَلِلْعَامِلِ أَجْرُ مِثْلِهِ، لا يُزَادُ على مِقْدَارِ ما شُرِطَ لَهُ من الخَارِجِ**) لأنَّه رضيَ بسقوطِ الزيادةِ.

قال: (**وقَالَ مُحَمَّدٌ: عَلَيهِ أَجْرُ مِثْلِهِ بَالِغًا ما بَلَغَ**) لأنَّه استوفى منافعَه بعقدٍ فاسدٍ، فعليه قيمتُها؛ لأنَّها ليست بمثليَّةٍ.

قال: (**وَإِنْ كَانَ مِنْ قِبَلِ العَامِلِ: فَلِصَاحِبِ الْأَرْضِ أَجْرُ مِثْلِهَا**) لِما مرَّ، وهل يُزادُ عليه؟ فعلى الاختلاف الذي مرَّ، ولو جمَعَ بين الأرض والبقْرِ حتى فسَدَت: فعلى العاملِ أجرُ مثلِ الأرض، والبقْرُ هو الصحيحُ؛ لأنَّ له مدخَلاً في الإجارةِ، وهي إجارةٌ معنًى.

(هـ)[1]: ومتى استحقَّ ربُّ الأرضِ الخارجَ لبَذرِه في المزارَعةِ الفاسدةِ: طاب له الكلُّ؛ لأنَّ النماءَ حصلَ في أرضٍ مملوكةٍ له، بخلافِ العاملِ فيها، فإنه يتصدَّقُ بالفضل على بذرِه وقدْرَ أجرِ الأرض؛ لأنَّ فسادَ المِلك في منافعِ الأرضِ أوجَبَ خُبثاً فيه، فما سُلِّمَ له بعِوضٍ: طابَ له، وما لا: فلا.

---

(١) انظر: «الهداية» (٤/ ٣٤٠).

وَإِذَا عُقِدَتِ المُزَارَعَةُ، فَامْتَنَعَ صَاحِبُ البَذْرِ مِن العَمَلِ: لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ، وَإِن امْتَنَعَ الَّذِي لَيْسَ مِنْ قِبَلِهِ البَذْرُ: أَجْبَرَهُ الحَاكِمُ عَلَى العَمَلِ، وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ المُتَعَاقِدَيْنِ: بَطَلَت المُزَارَعَةُ.

وَإِذَا انْقَضَت مُدَّةُ المُزَارَعَةِ، وَالزَّرْعُ لَمْ يُدْرِكْ: كَانَ عَلَى المُزَارِعِ أَجْرُ مِثْلِ نَصِيبِهِ مِن الأَرْضِ إِلَى أَنْ يُسْتَحْصَدَ، وَالنَّفَقَةُ عَلَى الزَّرْعِ عَلَيْهِمَا، عَلَى مِقْدَارِ حُقُوقِهِمَا وَأُجْرَةُ الحَصَادِ، وَالرِّفَاعِ، وَالدِّيَاسِ، وَالتَّذْرِيَةِ عَلَيْهِمَا بِالحِصَصِ فَإِنْ شَرَطَاهُ فِي المُزَارَعَةِ عَلَى العَامِلِ: فَسَدَتْ.

قال: (**وإذَا عُقِدَتِ المُزَارَعَة، فَامْتَنَعَ صَاحِبُ البَذْرِ من العَمَلِ: لم يُجْبَرْ عَلَيهِ**) لأنَّه لا يمكِنُه المضيُّ في العقدِ إلا بضررٍ يلزمُه، فصارَ كمَن استأجرَ أجيراً لهدمِ دارِه.

قال: (**وإنِ امْتَنَعَ الَّذِي لَيسَ مِن قِبَلِهِ البَذْرُ: أَجْبَرَهُ الحَاكِمُ على العَمَلِ**) لأنَّه لا يلحقُه ضررٌ بالوفاءِ بمنزلةِ الإجارةِ إلا إذا كانَ عذراً تُفْسَخُ به الإجارةُ، فتفسَخُ به المزارَعةُ، ولو امتنعَ ربُّ الأرضِ والبذرُ من قبَلِه وقد كرَبَ المزارِعُ الأرضَ فلا شيءَ له، وقيل: يلزمُه استِرضاءُ العاملِ ديانةً لأنَّه غرَّه فيه.

قال: (**وإذَا مَاتَ أَحَدُ المُتَعَاقِدَيْنِ: بَطَلَتْ المُزَارَعَةُ**) كالإجارةِ، ولو مات ربُّ الأرضِ والزرعُ لم يدرِكْ تُركَ في يدِ المزارِعِ حتى يستحصدَ ويقسمَ على الشرطِ، ولو مات قبلَ البَذر بعد كَربِ الأرضِ وحفرِ الأنهارِ انتقَضَتْ ولا شيءَ للعاملِ بما عمِلَ، وكذا لو فُسِختِ المزارَعةُ بدَينٍ فادحٍ لحِقَ ربَّ الأرضِ: جاز، وبيعَتْ لا شيءَ له بالكِرابِ والحفرِ؛ لأنَّ المنافعَ إنما تتقوَّمُ بالعقدِ، وقد قوِّمَتْ بالخارجِ، فإذا انعدمَ الخارجُ: لم يجِبْ شيءٌ، ولو نبَتَ ولم يُستحصَدْ لا تُباعُ الأرضُ في الدَّين حتى يُستحصَدَ؛ لأنَّ في بيعِها إبطالَ مالِ المزارِع، والتَّأخيرُ أهونُ من الإبطالِ، ويخرِجُه القاضِي من الحبسِ في الدَّينِ لضرورته.

قال: (وإذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ المُزَارَعَةِ، وَالزَّرْعُ لم يُدْرَكْ: كانَ على المُزَارِعِ أَجْرُ مِثْلِ نَصِيبِهِ من الأَرْضِ إلى أنْ يُسْتَحْصَدَ، والنَّفَقَةُ على الزَّرْعِ عَلَيهِمَا، عَلَى مِقْدَارِ حُقُوقِهِمَا) لأنَّ في تبقيةِ الزَّرعِ بأجرِ المثلِ تعديلَ النَّظرِ من الجانبَين، فيُصارُ إليه.

قلتُ: أرادَ بقوله: «والنفقةُ على الزرعِ عليهما» بعدَ انقضاءِ المدَّةِ قبلَ أن يُستحصَدَ، إليه أشارَ في (شق ه)[1]؛ لأنَّ العقدَ لمَّا انتهى بانتهاءِ المدَّةِ كان عملاً في المالِ المشترَك، فكانَ عليهما، بخلافِ ما إذا مات ربُّ الأرضِ والزَّرعُ بقلٌ، حيثُ يكونُ العملُ على العاملِ؛ لأنَّا بقينا العقدَ ثمةَ في مدَّتِه، والعقدُ يستدعِي العملَ على العاملِ، أمَّا هاهنا انتهتِ المدةُ، فلم يبقَ العقدُ، فلم يختَصَّ العاملُ بالعملِ، ولو أنفقَ أحدُهما بغيرِ إذنِ صاحبِه والقاضِي فهو متبرِّعٌ، ولو أرادَ ربُّ الأرضِ أنْ يأخذَه بقلاً لم يكن له ذلك، ولو أرادَه المزارعُ قيل لربِّ الأرضِ: اقلَعِ الزرعَ، فيكونُ بينكما، أو أعطِه قيمةَ نصيبِه، أو أنفِقْ على الزرعِ وارجِعْ بالنفقةِ في حصَّتِه نظراً للجانبَين، ولو مات المزارعُ بعد نباتِه، فقالت ورثتُه: نحن نعملُ إلى أنْ يستحصَدَ الزَّرعُ، وأبى ربُّ الأرضِ، فلهم ذلك؛ لأنَّه لا ضررَ على ربِّ الأرضِ، ولا أجرَ بما عمِلُوا؛ لأنَّا أبقَينا العقدَ نظراً لهم، فإنْ أرادوا قلعَ الزرعِ لم يُجبَروا على العملِ لِما مرَّ، والمالكُ على الخياراتِ الثلاثةِ على ما بيَّنَّا.

قال: (وأُجْرَةُ الحَصَادِ والرِّفَاعِ والدِّيَاسِ والتَّذْرِيَةِ عَلَيهِمَا بِالحِصَصِ) وهذا الحكمُ لم يختصَّ بانتهاءِ مدَّةِ المزارَعةِ، بل عمَّ جميعَ المزارعاتِ[2]؛ لأنَّ العقدَ تناهَى بتناهِي الزرعِ، فبقيَ مالٌ مشترَكٌ بينهما، فيَجِبُ مؤونتُه عليهما.

قال: (فَإنْ شَرَطَاهُ في المُزَارَعَةِ على العَامِلِ: فَسَدَتْ) لأنَّه شرطٌ لا يقتضِيه العقدُ، وفيه منفعةٌ لأحدِهما، فيفسُدُ كشرطِ الحملِ والطَّحنِ على العاملِ.

---

(١) انظر: «الهداية» (٤/ ٣٤١).

(٢) في (ج): «المزارعة».

(شق): عن أبي يوسُفَ: يجوزُ إذا شرَطَ ذلك على العاملِ، قال: وهو اختيارُ أصحابنا بخُراسانَ؛ لأنَّ الناسَ لمَّا استحسَنُوا شرطَها عليه صحَّ كالاستصناعِ.

(جش): وفي «التتمة»: ولو شرَطَ الحصادَ على المزارِعِ فتغافَلَ عنه حتى هلك الزَّرعُ، قال أبو بكرٍ البلْخيُّ: يضمَنُ، وقال أبو الليثِ: إنما يضمنُ إذا أخَّرَ الحصادَ تأخيراً غيرَ معتادٍ، ولو تركَ السقيَ حتى يبِسَ الزرعُ يضمَنُ قيمةَ الزرعِ نابتاً يومَ صيرورةِ الزَّرعِ بحالٍ يضُرُّه تركُ السقي، ولو لم يكُنْ له قيمةٌ يومَئذٍ تقوَّمُ الأرضُ مزروعةً وغيرَ مزروعةٍ، فيرجِعُ بحصَّتِه من الفضلِ.

(شق): ولو شرَطَ أحدُ المزارعَين البذرَ لنفسِه: فسَدَتْ، وكذا إذا شرطا العملَ عليهما: فسدَتْ كالمضارَبة، ولو دفَعَ بَذرَه إلى رجلٍ ليزرَعَه في أرضِه بالنصفِ: فسَدَتْ؛ لأنَّه يشبِهُ الشرِكةَ بالعروضِ.

وعن أبي يوسُفَ: أنَّه يجوزُ؛ لأنَّ استئجارَ الأرضِ والعاملِ ببعضِ الخارجِ: يجوزُ، ولو دفَعَ أرضَه مزارعةً بالنصفِ سنةً، ثمَّ قالَ له: اكرِبْها، فإن لم يُخرجْ زرعاً إلا بالكِرابِ، أو لا يخرجُ ما يخرِجُه الناسُ إلَّا به، لزِمَه الكِرابُ، وإلَّا: فلا، وكذا السَّقِيُ أو تأخيرُه على هذا، ولو شرطَ التَّثنِيةَ والتَّسمِيةَ: فسَدَتْ إن بقيَ منفعتُه إلى السنَّة الثانية، وإلَّا فهو كالكِرابِ والسَّقيِ.

وفي «فتاوى محمد بنِ الفضلِ» في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ كُلُواْ مِمَّا فِي ٱلۡأَرۡضِ حَلَٰلٗا طَيِّبٗا﴾ [البقرة: ١٦٨] قال: الحلالُ معلومٌ، وأمَّا الطيبُ فمَن أخَذَ أرضاً مزارَعةً أو معامَلةً أو زرعَ أرضَه محافِظاً على الصَّلواتِ في مَواقِيتِها بجماعةٍ، لكنَّه أخَّرَ صلاةً واحدةً عن وقتِها لاشتغالِه بالزراعَةِ، لا يكونُ زرعُه طيِّباً[1]؛ وكذا لو زرَعَ أو غرسَ بغيرِ

---

(١) في (ص) زيادة: «حلالًا».

طهارةٍ، أو منَعَ الأجرةَ عن الأجيرِ، أو أخَّرَ حتى جفَّ عرَقُه، وكذا إذا أخَّرَ أداءَ الثمنِ بعدَ حلولِ الأجلِ، أو أدَّاه متفرِّقاً بدونِ رضَى البائعِ.

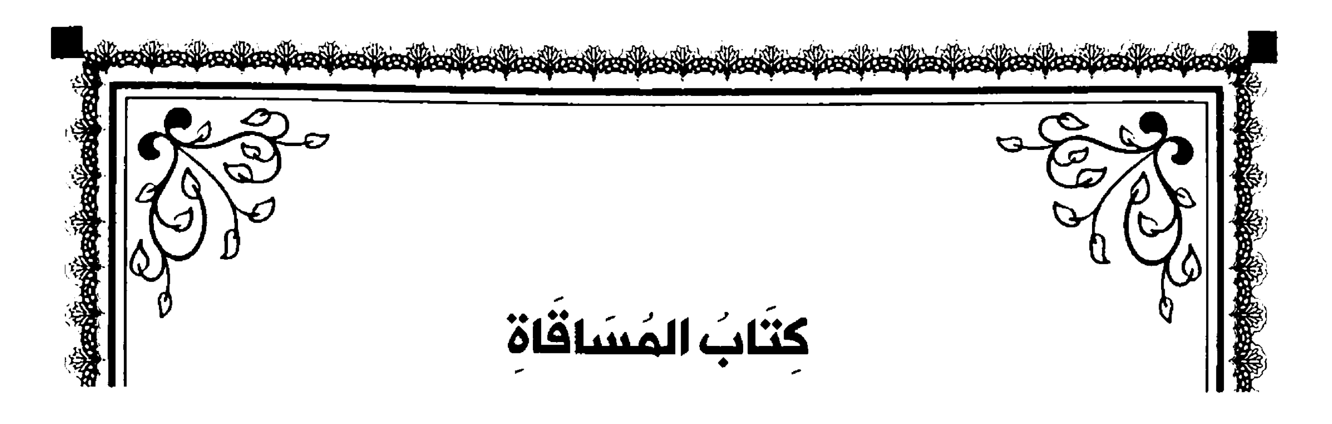
قال: ويستحبُّ أن يبذرَ على الطَّهارةِ، ثمَّ يقومَ في ناحيةٍ ويصلِّيَ ركعتَين، ثم يقول: اللهمَّ أنا عبدٌ[1] ضعيفٌ، وسلَّمتُ هذا إليك، فتسلَّمْه لي، وبارِكْ لي فيه، ثم يصلِّي على النبيِّ عليه السلام، فإنه تعالى يحفظُ هذا الزرعَ عن آفاتِه، ويبارِكُ فيه.

وإذا أدرَكَ الزرعُ يجبُ أن يكونَ الكيَّالُ على طهارةٍ مستقبِلَ القِبلة، وإلَّا: لا يكونُ فيه بركةٌ، فإذا فرَغَ من كيلِه يصلِّي ركعتَين، ثمَّ يقول: يا ربِّ ألقَيتُ بَذراً وأعطيتَني شيئاً كثيراً، فاجعَلْها قوَّةَ طاعةٍ، ولا تجعَلْها قوَّةَ معصيةٍ، واجعلني من الشَّاكرين، وكذا في غرسِ الأشجارِ، والله أعلم.

* * *

---

(١) في (ش): «عبدك».



كِتَابُ المُسَاقَاةِ

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: المُسَاقَاةُ بِجُزْءٍ مِن الثَّمَرَةِ: بَاطِلَةٌ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: جَائِزَةٌ إِذَا ذَكَرَ مُدَّةً مَعْلُومَةً، وَسَمَّى جُزْءًا مِن الثَّمَرَةِ مُشَاعًا.

وَتَجُوزُ المُسَاقَاةُ فِي النَّخْلِ، وَالشَّجَرِ، وَالكَرْمِ، وَالرِّطَابِ، وَأُصُولِ البَاذِنْجَانِ، فَإِنْ دَفَعَ نَخْلًا فِيهِ ثَمَرَةٌ مُسَاقَاةً: وَالثَّمَرَةُ تَزِيدُ بِالعَمَلِ: جَازَ، وَإِنْ كَانَتْ قَدْ انتَهَتْ: لَمْ يَجُزْ، وَإِذَا فَسَدَت المُسَاقَاةُ: فَلِلْعَامِلِ أَجْرُ مِثْلِهِ.

وَتَبْطُلُ المُسَاقَاةُ بِالمَوْتِ، وَتُفْسَخُ بِالأَعْذَارِ، كَمَا تُفْسَخُ الإِجَارَةُ.

كِتَابُ المُسَاقَاةِ

قال: (قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: المُسَاقَاةُ بِجُزْءٍ من الثَّمَرَةِ: بَاطِلَةٌ، وقَالَ أَبُو يُوسُفَ ومُحَمَّدٌ: جَائِزَةٌ إذا ذَكَرَ مُدَّةً مَعْلُومَةً، وسمَّى جُزْءاً من الثَّمَرَةِ مُشَاعاً) لِما مرَّ في المزارعة، وروِيَ: «أنَّه عليه السلام نهى عن المخابَرةِ»[1] وقيل: هي المسَاقاة.

قال: (وتَجُوزُ المُسَاقَاةُ في النَّخْلِ، والشَّجَرِ، والكَرْمِ، والرِّطَابِ، وأُصُولِ البَاذِنْجَانِ) وبه الشافعيُّ رحمه الله في القديم، وفي الجديدِ يخصُّه بالنخلِ والكرْمِ[2]؛«لأنَّ النبيَّ

(١) رواه أبو داود (٣٤٠٧)، وأحمد في «مسنده» (٢١٦٣١)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢١٢٥٥)، وعبد بن حميد في «المنتخب» (٢٥٣)، والطبراني في «المعجم الكبير» (٥/ ١٥٩) (٤٩٣٨)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١١٧٢٨).

(٢) انظر: «الحاوي الكبير» (٧/ ٣٦٤).

عليه السلام عامَلَ أهلَ خيبرَ على نصفِ الثمرة»[1] وهي بلادٌ كثيرةٌ، فالظاهرُ أنَّها تعُمُّ هذه الأنواعَ، والضَّرورةُ والتعاملُ والمعنى المجوِّزُ أيضاً يشملُ الكلَّ.

(شق): ولو لم يذكُرْ فيها مدَّةً معلومةً كانَ على أوَّلِ ثمرةٍ تخرجُ في أولِ السنةِ استحساناً.

قال: (**فَإِنْ دَفَعَ نَخْلًا فيهِ ثَمَرَةٌ مُسَاقَاةً: والثَّمَرَةُ تَزِيدُ بِالعَمَلِ: جَازَ، وإِنْ كَانَتْ قَدْ انتَهَتْ: لَمْ يَجُزْ**) (شق): مثلُ أن يصفَرَّ أو يحمَرَّ ولم يرطُبْ؛ لأنَّ التعاملَ والضَّرورةَ وتأثيرَ العملِ فيها: قبلَ التناهِي، أمَّا بعدَه: فلا.

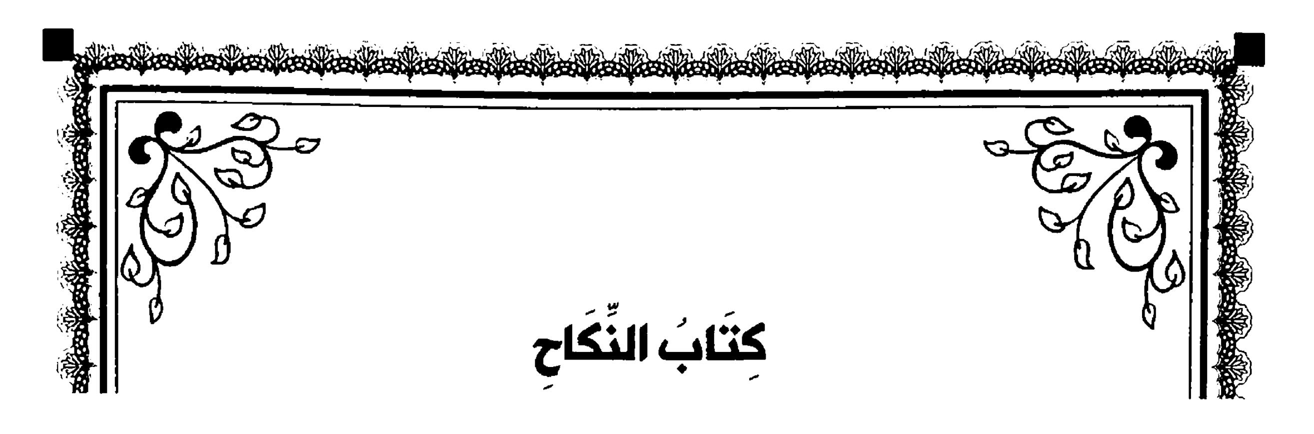
قال: (**وإِذَا فَسَدَتْ المُسَاقَاةُ: فَلِلْعَامِلِ أَجْرُ مِثْلِهِ**) لا يزادُ على المسمَّى خلافاً لمحمدٍ رحمه الله، وكذا في المزارَعةِ والمضارَبةِ لِما مرَّ، ومتى فسدَتِ المزارَعةُ أو المساقاةُ أو المضاربةُ ولم تُخرجِ الأرضُ أو الشجرُ أو التجارةُ شيئاً: فلا شيءَ للعاملِ عند أبي يوسُفَ، كما في المضاربةِ الصَّحيحةِ، والمزارعةِ الصَّحيحةِ، وقالا: يجبُ أجرُ المثلِ؛ لأنَّه إنما عمِلَ بعِوضٍ ولم يسلَّمْ له، فيجبُ أجرُ المثلِ.

قال: (**وتَبْطُلُ المُسَاقَاةُ بِالمَوْتِ، وتُفسَخُ بالأَعْذَارِ، كَمَا تُفْسَخُ الإِجَارَةُ**) لبنائها عليها. (شق): ولو دفَعَ النخلَ أو الشجَرَ إلى شريكِه مساقاةً: لم يجُزْ، ولا أجرَ له إن عمِلَ والخارجُ بقدْرِ مِلكِهما، لأنَّ استئجارَ شريكِه على العملِ في المشترَك بينهما: لا يصِحُّ، ولا يجبُ الأجرُ؛ لأنَّ العملَ وقَعَ لنفسِه، والله أعلم.

* * *

---

(١) رواه البخاري (٢٣٢٩)، ومسلم (١٥٥١) عن ابن عمر رضي الله عنهما، قال: عامل النبي ﷺ خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع.



كِتَابُ النِّكَاحِ

النِّكَاحُ: يَنْعَقِدُ بالإِيجَابِ والقَبُولِ بلَفْظَيْنِ يُعَبَّرُ بِهِمَا عَنِ المَاضِي، أَوْ بأَحَدِهِمَا عَنِ المَاضِي، والآخَرِ عَنِ المُسْتَقْبَلِ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: زَوِّجْنِي، فَيَقُولُ: زَوَّجْتُكَ، ولَا يَنْعَقِدُ نِكَاحُ المُسْلِمِينَ إِلَّا بحُضُورِ شَاهِدَيْنِ، حُرَّيْنِ، بالِغَيْنِ، عَاقِلَيْنِ، مُسْلِمَينِ، رُجَلينِ أَوْ رَجُلٍ وامْرَأَتَيْنِ، عُدُولًا كَانُوا أَوْ غَيْرَ عُدُولٍ، أَوْ مَحْدُودِينَ فِي قَذْفٍ، فَإِنْ تَزَوَّجَ مُسْلِمٌ ذِمِّيَّةً بشَهَادَةِ ذِمِّيَّيْنِ: جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرُ: لَا يَجُوزُ.

كتَابُ النِّكاحِ

بسم الله الرحمن الرحيم

اعلم أن الأفعالَ الداخلةَ تحت التكليف ثلاثةُ أقسام، عباداتٌ محضةٌ؛ وهو المقصودُ من فطرة الثقلَين كالمعارف الدينيَّةِ، والصلواتِ والصدقاتِ وما يُضاهيها، ومعاملاتٌ محضَةٌ؛ كالبِياعاتِ والإجاراتِ والضَّمانات وما يُحاكيها، وحاويةٌ للشبَهَين، ومركَّبةٌ من الأصلين؛ كالأنكحةِ وما يلازِمُها وما يتفرَّعُ عنها وما يضارِعُها، وتقديمُ البَسيطِ على المركَّبِ من قضايا العقولِ، ومَواجبِ الفروعِ والأصُولِ.

فلهذا ابتدأ المصنفُ رحمه الله بالعبادات، ثم ثنَّى بالمعاملات، ثم ثلَّثَ بالنِّكاحِ الذي هو تحصينُ نصفِ الدِّينِ، وسُنَّةُ الأنبياء والمرسَلين على ما قال عليه السلام: «مَن

تزوَّجَ فقد حصَّنَ نصفَ دينِهِ، فليتَّقِ اللهَ في النِّصفِ الثَّاني»[١] ولأنَّ من شرائطِ نَدبيَّةِ النِّكاحِ بالاتفاقِ القُدرةَ على المهرِ المعجَّلِ والإنفاقِ.

وهي تتوقَّفُ في الأغلبِ على الكسبِ الحلالِ الذي هو من أجملِ المحامِدِ والخصالِ، والكسبُ يتوقَّفُ على معرفةِ أحكامِ المعاملاتِ، كالبِياعات والإجاراتِ والشَّرِكات والمزارَعات ونحوِها، فلهذا قدَّمَ ضروبَ هذه الأبوابِ على النِّكاح؛ لتتناسَبَ أركانُ هذا التصنيفِ الشريف، وتتلاءَمَ مَباني ترتيبِه والتَّرصيفِ.

(ك): ثمَّ النِّكاحُ في اللغة: عبارةٌ عن الضمِّ، تقول العربُ: أنكَحْنا الفَرا فسَنَرى[٢]، يضربونَه مثلاً للأمر الذي يجتمِعونَ عليه، فينظُرون ماذا يكونُ منه؟ وتقولُ أيضاً: إن القبورَ تنكِحُ الأيامى[٣]؛ أي: تجمعُها، وقال الشاعر:

أنكحْتُ صُمَّ صفَاها خُفَّ يَعمَلَةٍ ... تغَشمَرتْ بي إليك السَّهلَ والجَبلا[٤]

---

(١) رواه الطبراني في «المعجم الأوسط» (٧٦٤٧) و(٨٧٩٤)، والبيهقي في «شعب الإيمان» (٥١٠٠) من حديث أنس رضي الله عنه.

قال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٥٢): رواه الطبراني بإسنادين، وفيهما يزيد الرقاشي وجابر الجعفي، وكلاهما ضعيف وقد وثِّقا.

(٢) انظر: «جمهرة الأمثال» (١/ ١٦٥).

(٣) هو صدر بيت أنشده أبو عمر غلام ثعلب عن ثعلب عن ابن الأعرابي، كما قال ذلك الجصاص في «شرح مختصر الطحاوي» (٤/ ٢٧٩) وعجزه:

النسوة الأرامل اليتامى

(٤) قائله المتنبي، انظر: «ديوانه» (ص: ١٨) وأوله: أوطأت صم حصاها... إلخ.

اليَعْمَلَة: النَّاقة السريعة. «المحكم والمحيط الأعظم» (٢/ ١٨٠).

والتغشمر: الأخذ قهراً؛ يعني: أخذت بي في طرق السهولة والحزونة. «المغرب في ترتيب المعرب» (ص: ٤٧٣).

وفـي الشـريعة: يسـتعمَلُ للعقـدِ، كقولـه تعالـى: ﴿فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ [النسـاء: ٢٥]، وللـوطءِ كقولِه تعالـى: ﴿الزَّانِي لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً﴾ [النور: ٣]، وأرادَ بـه الـوطءَ، ولـو قـال لأجنبيَّـةٍ: إن نكحتُـكِ فعبـدي حرٌّ، يقـعُ علـى العقدِ، ولـو قالها لامرأتـهِ فعلى الـوطءِ.

(شق): النِّكاحُ في اللغةِ والشرعِ: حقيقةٌ في الوطء، مَجازٌ في العقدِ[1]، وقال الشافعيُّ[2]: إنه في الشرعِ عبارةٌ عن العقدِ؛ لأنَّ الله تعالى حيثما ذكرَه في القرآنِ أرادَ به العقدَ، وهذا لا يصِحُّ؛ لأنَّه تعالى قال: ﴿الزَّانِي لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً﴾ [النور: ٣] وقال تعالى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ [النساء: ٦] وأرادَ به الوطءَ بالإجماعِ.

(تح): النِّكاحُ في اللغةِ: الجمعُ المطلَقُ، وفي الشرعِ: العقدُ بشرائطِه.

(شس)[3]: النِّكاح لغةً: هو الوطءُ، ثم استُعيرَ للعقد مجازاً، وفي «المغرِب»[4]: أصلُ النِّكاح الوطءُ، ومنه قولُ النجاشيِّ[5]:

التَّارِكيـنَ علـى طُهـرٍ نسَاءَهـم ... والنَّاكحِينَ بشَـطَّيْ دِجْلـةَ البَقـرا

ثم قيل للتزوُّج: نكاحٌ مجازاً، قال الأعشى: فانكِحنْ أو تأبَّدا[6]؛ أي: فتزوَّجْ أو توحَّشْ؛ لأنَّه سببُ الوطء، وقولُهم: النِّكاحُ الضمُّ مجازاً أيضاً تسميةٌ للمُسبَّبِ باسم السببِ، والأولُ على عكسِه.

---

(١) انظر: «لسان العرب» (٢/ ٦٢٦).

(٢) انظر: «مغني المحتاج» (٤/ ٢٠٠).

(٣) انظر: «المبسوط» (٤/ ١٩٢).

(٤) انظر: «المغرب» (ص: ٤٧٣).

(٥) ذكره الفارابي في «معجم ديوان الأدب» (٢/ ١٥١) من قول الفرزدق، ولم أجده في ديوانه.

(٦) انظر: «ديوان الأعشى» (ص: ١٣٧) والبيت بتمامه:

ولا تقربـنَّ جـارة إن سـرهـا ... عليك حـرام فانكحـن أو تأبـدا

قلتُ: والصحيحُ ما ذهبَ إليه خاتِمةُ المجتهدين أبو الحسين القُدوريُّ، وصاحب «المعرب والمغرب» برهانُ الدِّينِ المطرِّزيُّ قدس الله أرواحَهما وأرواحَ كافة العلماء؛ لأنَّه حيثُما حُمل على العقد في القرآن إنما حُملَ عليه بدلالة القرينةِ، كقوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذۡنِ أَهۡلِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٥]، والجماعُ لا يتوقَّفُ على الإذنِ، وقوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٣]، والوطءُ لم يُشرَعْ باعتبارِ الطيبِ، وقوله: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَٰمَىٰ مِنكُمۡ﴾ [النور: ٣٢] ووطءُ الأيامى من بناتِهم وإخوانهم محرَّمٌ عليهم، وحقيقةُ اللفظِ ما يتبادرُ الفهمُ إليه في صُورةِ عَرائِه عن القرينةِ في مبادئ استعمالِه، غايةُ الأمر أنَّ أفهامَ الخلقِ من العجمِ وبعض العربِ يتبادرُ[1] إلى العقد، لكن لشُهرةِ هذا المجازِ وكثرةِ استعمالِه، ومن المجازِ ما يغلِبُ الحقيقةَ بالشُّهرةِ والكثرة، ويسمَّى: المجازَ المتعارَفَ، والعقدُ متعارَفُ الفقهاءِ.

ثم اختلف العلماءُ في صفة النِّكاح المشروع: (تح)[2]: فقال داودُ بنُ عليٍّ ومَن تابعَه من أصحابِ الظواهرِ: النِّكاحُ فرضُ عينٍ، حتى أنَّ مَن قدَرَ على الوطءِ والإنفاقِ يأثمُ بتركِه، وقال الشافعيُّ[3]: إنه مباحٌ، واختلَفَ فيه أصحابُنا، فقيل: هو فرضُ كفايةٍ، وقيل: مستحبٌّ، وقيل: واجبٌ على الكفَايةِ.

(شس)[4]: مسنونٌ مستحَبٌّ في قولِ جمهورِ العلماءِ، وواجبٌ عندَ أصحابِ الظَّواهرِ للأوامرِ المطلَقةِ، ولنا قولُه عليه السلام: «ألَا مَن خَشِيَ منكُم الباءَةَ فليتزوَّجْ»[5]، علَّقَ

(١) في (ش): «متبادر».

(٢) انظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ١١٧).

(٣) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (٩/ ١٠٩ ـ ١١٣).

(٤) انظر: «المبسوط» (٤/ ١٩٣).

(٥) روى البخاري (٥٠٦٦)، ومسلم (١٤٠٠) عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: قال لنا رسول الله ﷺ: «يا معشر الشباب، من استطاع منكم الباءة فليتزوج».

الأمرَ بالخشيةِ، فيكونُ عدَماً قبله، ولعُزُوبةِ جماعةٍ من فقهاء الصحابة من غيرِ نكير.

قلتُ: والتوفيقُ بين الأخبار المرويةِ المتعارِضةِ فيه والآثارِ أنَّ الأحوالَ الغالبةَ ثلاثٌ: حالُ هيَجان الشهوةِ والقدرةِ على إيفاء مواجِبِ النّكاح، فيجبُ في هذه الحالة، والأوامرُ والوعيدُ محمولٌ عليه، وحالُ اعتدالٍ لا يَخافُ على نفسِه الزِّنا ولا المَيل فيُستحَبُّ، وحالُ الخوفِ عن الجورِ والعجزِ عن الإيفاءِ بمواجِبِه، فيُباحُ أو يُكرهُ، وآثارُ العُزلةِ والعزوبةِ محمولةٌ عليه، إذا عرَفْنا هذا:

قال المصنف: (**النِّكاحُ: يَنعقِدُ بالإِيجَابِ والقَبُول بِلفظَينِ يُعبَّر بِهمَا عَن المَاضِي، أَو بِأَحَدهمَا عَن المَاضِي وبالآخَر عَن المُستَقبَلِ مِثلُ أَن يَقُول: زَوِّجني فَيَقُولُ: قَد زَوَّجتُك**) أمَّا اعتبارُ الإيجابِ والقَبولِ فلكونهما علَماً على التراضِي بمواجِبِه، وصيغةُ الماضي وإن كانت للإخبارِ لكنه جُعِلَ إنشاءً شرعاً، وأمَّا انعقادُه بالمستقبَلِ استِحساناً دونَ البيع؛ لأنَّ النِّكاحَ لا يكونُ إلا بعد مراوَدةٍ ومشاورة، فكان المستقبلُ للإيجابِ لا للوعدِ، بخلاف البيعِ، ولأنَّ قوله: زوِّجنِي توكيلٌ بالنِّكاحِ، والواحدُ يتولَّى طرفَي العقدِ في بابِ النِّكاحِ دونَ البيعِ، ولأنَّ قدرةَ الزوجِ على الردِّ يُفضِي إلى الإضرارِ بها وإلحاقِ العارِ والشَّنارِ بقبيلتِها.

(**شس ط**)[1]: قال لها: جئتُكِ خاطباً، أو قال: خطبتُكِ إلى نفسِك، فقالت: قد فعلتُ، كان نكاحاً تاماً، وفي «نوادر المعلَّى»: قال أبو حنيفةَ: لو قال لرجلٍ: جئتُك خاطباً ابنتَك، أو جئتُك لتزوِّجَني ابنتَك، فقال: زوجتُك، تمَّ النِّكاحُ. (**ك**): مثلُه. (**شق**): لو قال: أتزوَّجُك على ألفٍ، فقالت: تزوَّجتُك على ذلك، فهو عقدٌ جائزٌ.

قلتُ: دلَّت هذه المسائلُ على أنَّ النِّكاحَ ينعقدُ بالأمر من أحد الجانبَين، وبالمضارعِ وبالمستقبَل، وعلى أنَّ لفظَ: زوَّجتُ وتزوَّجتُ يصلُحُ من الجانبَين،

(١) انظر: «المبسوط» (٥/ ٦٢)، و«المحيط البرهاني» (٣/ ٦).

وبه صرَّح في «المنيةِ» ودلَّ عليه مسألة (ن): أبو بكر: خُنثى مشكِلٌ زوِّجَ من خُنثى مشكلٍ برِضا الوليِّ، فكبِرَا، فإذا الزوجُ امرأةٌ والزوجةُ رجلٌ، جازَ نكاحُهما عندي؛ لأنَّ قولَه: تزوَّجتُك يستوِي من الجانبَين.

(ط ن شط)[1]: وبمجرَّد لفظِ الإعطاءِ؛ اختلفَ المشايخُ، فلا بدَّ من زيادة قولِه: برني[2]، عندَ لفظِ الإعطاء؛ ليصيرَ متَّفَقاً عليه.

(ط)[3]: ولو قال: برني دادي، فبعضُ مشايخِ بلْخَ جعلوه استفهاماً، وبعضُهم أمراً، قال عمرُ النسفيُّ رحمه الله: ومعنى الأمرِ راجحٌ في العُرف.

قلتُ: فهذا يدلُّ على أنَّ بالاستفهامِ لا ينعقِدُ، وفي (شط): قال له: هل أعطيتَها؟ فقال: أعطيتُ، فإن كان المجلسُ للوَعدِ فوعدٌ، وإن كانَ للعقدِ فنِكاحٌ، وفي «المُنية»: (شم): زوَّجتُ بنتي منك بكذا، فسكتَ الخاطبُ، فقال له الصِّهرُ: ادفَعْ إليَّ المهرَ، فقال: نعم، فهو قَبول. (قع): ليس بقَبولٍ.

(نج)[4]: لو قالت: زوَّجتُ نفسِي منك بعدَ انقضاءِ عِدَّتي، فقبلَ: لا يصِحُّ، كالتعليق.

(م): وإضافةُ النكاحِ إلى وقتِ المستقبلِ: لا يصحُّ.

(بف): يستحَبُّ أن يكونَ النِّكاحُ ظاهراً، وأن يكونَ قبلَه خِطبةٌ، وأن يكونَ عقدُه في يومِ الجمُعة، وأن يتولَّى عقدَه وليٌّ رشيدٌ، وأن يكونَ بشهودٍ عُدولٍ.

قال: (**وَلَا يَنْعَقِدُ نِكَاحُ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا بِحُضُورِ شَاهِدَيْنِ، حُرَّيْنِ، بالِغَيْنِ، عَاقِلَين،**

---

(١) انظر: «المحيط البرهاني» (٣/ ٥).

(٢) في (ص) و(ف) هنا والموضع التالي: «بزني».

(٣) انظر: «المحيط البرهاني» (٣/ ٥).

(٤) في (ش): «ك».

مُسْلِمَينِ، رُجَلينِ أَوْ رَجُلٍ وامْرَأَتيْنِ، عُدُولًا كَانُوا أَو غَيرَ عُدُولٍ، أَو مَحدُودِينَ فِي قَذفٍ) لقوله عليه السلام: «لا نِكاحَ إلا بشُهودٍ»[1] وإنه حُجَّةٌ على مالكٍ[2] في اشتراطِ الإعلانِ دونَ الشهود[3]، ثم كلُّ شخصٍ ملَكَ قَبولَ ذلك النِّكاح بنفسِه: ينعقِدُ بحضورِه، وما لا: فلا، كالفاسقِ والأعمَى والمحدودِ في القذفِ، وقال الشافعيُّ[4]: لا بدَّ من وصف الذُّكورةِ والعدالةِ حتى لا ينعقِدَ عنده بشهادةِ الفسَّاقِ؛ لقوله عليه السلام: «لا نِكاحَ إلا بوليٍّ وشاهدَي عدلٍ»[5]، ولنا أنَّ له شهادةً؛ لأنَّ الشهادةَ نوعُ ولايةٍ، وله ولايةٌ على نفسِه وغيره، ولهذا صلحَ قاضياً، ولأنَّ ما روَينا من الحديثِ راجحٌ لموافقتِه العقلَ والقياسَ على سائرِ العقودِ، فإن قلتَ: ثمرةُ الإشهاد الأداءُ دفعاً لخللِ التَّجاحُد، ولا تُقبلُ شهادةُ الفاسقِ والمحدودِ، قلتُ: الأداءُ ليس بشرطٍ، كما في شهادةِ العُميانِ وابنَي العاقدَين، ولأنَّ النِّكاحَ يَشيعُ بإخبارِهما، ويشتهِرُ فيما بينَ الناسِ، ويجوزُ فيه الشَّهادةُ بالتَّسامُعِ، فيندفِعُ خللُ التَّجاحدِ.

قال: **(فإِنْ تَزَوَّجَ مُسلِمٌ ذمِّيَّةً بشَهَادةِ ذمِّيَّينِ: جَاز عِندَ أَبِي حَنيفَةَ وأَبِي يوسُفَ، وقالَ**

---

(١) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ١٦٧): غريب بهذا اللفظ.

روى ابن حبان في «صحيحه» (٤٠٧٥)، والدارقطني في «السنن» (٣٥٣٣) عن عائشة رضي الله عنها مرفوعاً: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل، فإن تشاجروا، فالسلطان ولي من لا ولي له». وروى البيهقي في «السنن الكبرى» (١٣٦٤٥) عن علي رضي الله عنه قال: لا نكاح إلا بولي، ولا نكاح إلا بشهود.

(٢) قال العيني في «البناية شرح الهداية» (٥/ ١٣): هذا الحديث لم يثبت بهذا اللفظ، فكيف يكون حجة على مالك، نعم حديث عائشة حجَّة عليه.

(٣) انظر: «المعونة» (ص: ٧٤٥).

(٤) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (٩/ ٢٢١).

(٥) جاء هذا الحديث من عدة طرق، قال ابن الملقن في «البدر المنير» (٧/ ٤٧٤): أصحها ما رواه ابن حبان في «صحيحه» (٤٠٧٥) من حديث عائشة رضي الله عنها. وقد تقدم تخريجه قريباً.

محمَّدٌ والشَّافعِيُّ[١]: لَا يَجُوزُ[٢] لأنَّه شهادةٌ عليهما، ولا شهادةَ للكافرِ على المسلمِ، ولهما: أنَّ الشهادةَ تُعتبرُ في النِّكاحِ من حيثُ ثبُوتُ مِلكِ المتعَةِ عليها، وهما شاهدانِ مِن هذه الوجْهِ، وشهادةُ الذمِّيِّ على الذمِّيةِ مقبولةٌ.

(ط)[٣]: ولا تُقبلُ شهادةُ الكفَّارِ والصِّبيانِ والمجانينِ والعبيد والمدبَّرينَ والمكاتَبينَ والنائمينَ والأصمِّينَ الذين لا يسمعون كلامَ المتعاقدين[٤].

(سبج شك): ينعقدُ بشهادة الأصمَّين، واختُلفَ في أنَّ سماعَ الشهودِ كلامَ العاقدَين وفهمَه هل هو شرطٌ أم لا؟ فقيل وقيل.

(ق): لا بدَّ من سماعِ الشهودِ كلامَهما.

(جت): الاعتبارُ لسماعِ الشهودِ لفظَ النِّكاح، وإن لم يعرِفوا[٥] تفسيرَه، والظاهرُ خلافُه، وفيه عن محمدٍ: تزوَّجَها بحضرةِ هنديَّين لم يفهما: لم يجُزْ.

(م): عن أبي يوسُف: سمِعَه أحدُهما ثم أُعيدَ على الآخر فسمِعَه: إن اتَّحدَ المجلسُ جاز استِحساناً، وإلا: فلا، وعنه: لا بدَّ من سماعِهما معاً.

(نظ): الأصحُّ أنَّ سماعَهما معاً شرطٌ، وبه عامَّةُ العلماءِ.

(فض): زوَّجَها بحضرةِ السُّكارى وهم يعرِفونَ أمرَ النِّكاحِ، لكنَّهم ينسَونَه بعدَ الصَّحوِ: ينعقِدُ.

---

(١) كذا في الأصول، وفي المتن بدله: زفر، والقول منسوب لثلاثتهم، كما في «بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع» (٢/ ٢٥٣).

(٢) انظر: «الأم» للشافعي (٥/ ٢٣).

(٣) انظر: «المحيط البرهاني» (٣/ ٢٨).

(٤) في (ج): «العاقدين».

(٥) في (ش): (يعرفا).

(ن ث): سمعَ الشُّهودُ قَبولَها من البيت، ولم يرَوا شخصَها[1]: جاز إذا لم يكن في البيتِ غيرُها، وإلا: فلا، وكذا التوكيلُ.

(نظ): وينعقدُ بشهادةِ الأخرسَين، وبشهادةِ ابنَيه لا منها، وبشهادة ابنَيها لا منه، وبشهادة ابنَيه منهما.

(ن): وكَّلت رجلاً بتزويجها، فزوَّجها وهي حاضرةٌ بحضرةِ امرأتَين: جازَ، وتُقبلُ شهادةُ الوكيلِ عندَ التَّجاحُدِ إذا قال: أشهدُ أن هذه امرأةُ هذا، ولا تُقبلُ إذا قال: إني زوجتُها منه.

(صغر قخ): تزوَّجها بغيرِ شهودٍ، ثم أقرَّ بالنِّكاحِ بين يدَي الشُّهودِ، اختلفُوا فيه، والأصحُّ أنَّهما إذا سمَّيا فيه المهرَ ينعقِدُ نكاحاً مبتدأً.

وَلَا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأُمِّهِ، وَلَا بِجَدَّاتِهِ، مِنْ قِبَلِ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ، وَلَا بِابْنَتِهِ، وَلَا بِابْنَةِ وَلَدِهِ وَإِنْ سَفَلَتْ، وَلَا بِأُخْتِهِ، وَلَا بِعَمَّتِهِ، وَلَا بِخَالَتِهِ، وَلَا بِبَنَاتِ أَخِيهِ، وَلَا بِبَنَاتِ أُخْتِهِ، وَإِنْ سَفَلْنَ، وَلَا بِأُمِّ امْرَأَتِهِ، دَخَلَ بِابْنَتِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ، وَلَا بِبِنْتِ امْرَأَتِهِ الَّتِي دَخَلَ بِهَا، سَوَاءٌ كَانَتْ فِي حِجْرِهِ، أَوْ فِي حِجْرِ غَيْرِهِ، وَلَا بِامْرَأَةِ أَبِيهِ وَأَجْدَادِهِ، وَلَا بِامْرَأَةِ ابْنِهِ، وَبَنِي أَوْلَادِهِ وَلَا بِأُمِّهِ مِن الرَّضَاعَةِ، وَلَا بِأُخْتِهِ مِن الرَّضَاعَةِ، وَلَا يَجْمَعُ بَيْنَ أُخْتَيْنِ بِنِكَاحٍ، وَلَا بِمِلْكِ يَمِينٍ.

قال: (**وَلَا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأُمِّهِ، وَلَا بِجَدَّاتِهِ، مِنْ قِبَلِ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ، وَلَا بِابْنَتِهِ، وَلَا بِابْنَةِ وَلَدِهِ وَإِنْ سَفَلَتْ**) لقوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ﴾ [النساء: ٢٣]، واسمُ الأمِّ يتناولُ الجدَّات، واسمُ البنتِ يتناولُ بناتِ الأولادِ مجازاً، فمَنْ جوَّزَ الجمعَ بين الحقيقةِ والمجازِ قال: حُرِّمَت

---

(١) في (ج): «سمع الشهود قولها... شخصاً».

الجداتُ والنوافلُ بالآيةِ، ومَن منعَ قال: ثبتَ حُرمتُهنَّ بالإجماعِ والقياسِ.

قال: (وَلَا بِأُخْتِهِ، وَلَا بِعَمَّتِهِ، وَلَا بِخَالَتِهِ، وَلَا بِبَنَاتِ أَخِيهِ، وَلَا بِبَنَاتِ أُخْتِهِ، وَإِنْ سَفَلْنَ، وَلَا بِأُمِّ امْرَأَتِهِ، دَخَلَ بِابْنَتِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ، وَلَا بِبِنْتِ امْرَأَتِهِ الَّتِي دَخَلَ بِهَا، سَوَاءٌ كَانَتْ فِي حِجْرِهِ، أَوْ فِي حِجْرِ غَيْرِهِ، وَلَا بِامْرَأَةِ أَبِيهِ وَأَجْدَادِهِ، وَلَا بِامْرَأَةِ ابْنِهِ، وَبَنِي أَوْلَادِهِ وَلَا بِأُمِّهِ مِن الرَّضَاعَةِ، وَلَا بِأُخْتِهِ مِن الرَّضَاعَةِ) والأصلُ في ذلك قولُه تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَمَقْتًا وَسَآءَ سَبِيلًا ﴿٢٢﴾ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ...﴾ [النساء: ٢٢ ـ ٢٣]، قال ابنُ عباسٍ[1]: «حرَّمَ الله تعالى سبعاً بالنسَبِ وسبعاً بالسبب بهاتَين الآيتَين».

أمَّا بالنسبِ: فالأمُّ، والبنتُ، والأختُ، والعمَّةُ، والخالةُ، وبناتُ الأخِ، وبناتُ الأخت.

وأما السبَبُ: فالأمُّ والبنتُ والأختُ من الرَّضاعِ، وأمُّ المرأةِ، والرَّبيبةُ إذا دخلَ بالمرأةِ، وحليلةُ الابنِ، ومنكوحةُ الأبِ.

والجمعُ بينَ الأختَين، وعمَّةُ الأبِ، والجدِّ، وخالتُهما، وعمَّةُ الأمِّ والجدَّةِ وخالتُهما حرامٌ بالإجماعِ والقياسِ بجامعِ التَّوقِّي عن قطيعةِ الرَّحمِ.

وبناتُ الأعمَامِ والعمَّاتِ والأخوالِ والخالاتِ حلالٌ بالإجماعِ.

وقال بشرٌ: إنما تحرُمُ أمُّ امرأتِه إذا دخلَ ببنتِها؛ لأنَّ قولَه تعالى: ﴿ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣] ينصَرِفُ إلى القضيَّتَين، قلنا: إنما ينصرِفُ إذا لم يتعذَّرْ، وتعذُّرُه ظاهرٌ.

---

(١) رواه البخاري (٥١٠٥) عن ابن عباس قال: «حرم من النسب سبع، ومن الصهر سبع» ثم قرأ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣].

وقال عليٌّ رضي الله عنه[١]:«إنما تحرُمُ الربيبةُ إذا كانت في حِجْرِه» لظاهرِ النصِّ، لكن تحريمُ الرَّبيبةِ تحريمٌ مؤبَّدٌ، فيستَوِي فيه القرْبُ والبعدُ كأمَّهاتِ النساءِ، وذِكرُ الحِجْرِ بمجرى العادةِ لا للشَّرطيَّة، وفي «الكشَّاف»[٢]: لتعليلِ التحريمِ بأنَّهنَّ لاحتضانِكم لهنَّ، أو لكونِهنَّ بصددِ احتِضَانِكم كالبنات، دلَّ عليه حديثُ عَمرو بنِ شعيبٍ عن أبيه عن جدِّه عن النبي عليه السلام أنه قال: «إذا نكَحَ الرجلُ المرأةَ ثم طلَّقَها قبل أن يدخُلَ بها، فله أن يتزوَّجَ ابنتَها، ولا يحِلُّ له أن يتزوَّجَ أمَّها»[٣].

(شق): وامرأةُ ابنِ الابنِ وابنِ البنتِ حرامٌ عليه وإن سفَلَ، إمَّا بالآيةِ أو بالإجماعِ أو بالقياسِ على ما مرَّ، وقوله تعالى: ﴿مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] احترازٌ عن المتبنَّى لقصَّة زيدٍ وزينب[٤].

(شس)[٥]: منكوحةُ الأبِ والابنِ حرامٌ، وُجدَ الدخولُ أم لا.

(جش ط)[٦]: وزوجُ جدةِ المرأة محرمٌ لها إن كان دخَلَ بها، سواءٌ كانت من جهةِ الأبِ أو الأمِّ، وزوجُ بنتِ المرأةِ[٧] محرمٌ لها، دخَلَ بها أو لم يدخُلْ كأصُولهما.

---

(١) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٠٨٣٤)، وابن أبي حاتم في «تفسيره» (٥٠٨٧).

(٢) انظر: «الكشاف» (١/ ٤٩٥).

(٣) رواه الترمذي (١١١٧)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٣٩١٠) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. قال الترمذي: هذا حديث لا يصح من قبل إسناده، وإنما رواه ابن لهيعة، والمثنى بن الصباح، عن عمرو بن شعيب، والمثنى بن الصباح، وابن لهيعة يضعفان في الحديث.
وانظر: «تخريج أحاديث الكشاف» للزيلعي (١/ ٢٩٩).

(٤) انظر: «تفسير القرطبي» (١٤/ ١٨٨).

(٥) انظر: «المبسوط» (٤/ ٢٠٠، ٢٠١).

(٦) انظر: «المحيط البرهاني» (٣/ ٦٧).

(٧) في (ف): (وزوج بنت البنت).

وَلَا يَجْمَعُ بَيْنَ أُخْتَيْنِ بِنِكَاحٍ، وَلَا بِمِلْكِ يَمِينٍ، وَلَا يَجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا، وَلَا خَالَتِهَا، وَلَا بِنْتِ أُخْتِهَا، وَلَا بِنْتِ أَخِيهَا، وَلَا يَجْمَعُ بَيْنَ امْرَأَتَيْنِ لَوْ كَانَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا رَجُلًا: لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِالْأُخْرَى، وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ امْرَأَةٍ وَابْنَةِ زَوْجٍ كَانَ لَهَا مِنْ قَبْلُ.

قال: (**وَلَا يَجمعُ بَينَ أُختَينِ بِنكَاحٍ ولَا بمِلكِ يَمينٍ**) وفي بعض النُّسخِ: «ولا بمِلكِ يمينٍ في الوطء»، وإنه صحيحٌ لجواز جمعِهما في ملك اليمينِ دونَ الوطء؛ لِما مرَّ من قوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣] وفي «الكشّاف» وغيره: أي: وحرُمَ عليكم الجمعُ بين الأختَين ﴿إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾؛ أي ما مضى مغفورٌ، وفي «الكشاف»: التحريمُ في الآية تحريمُ النّكاح، وأمّا الجمعُ بينهما في مِلكِ اليمين، فعن عثمانَ وعليٍّ رضي الله عنهما[1] أنَّهما قالا: أحلَّتهما آيةٌ وحرَّمتهما آيةٌ، يَعنيان هذه

---

(١) رواه مالك في «الموطأ» (ص: ٥٣٨) (٣٤)، وعبد الرزاق في «مصنفه» (١٢٧٢٨)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٦٢٦٤)، والدارقطني في «السنن» (٣٧٢٥) واللفظ للدارقطني: عن قبيصة بن ذؤيب، أن عثمان بن عفان سئل عن الأختين مما ملكت اليمين، فقال: «لا آمرك ولا أنهاك أحلتهما آية وحرمتهما آية»، فخرج السائل فلقي رجلاً من أصحاب رسول الله ﷺ، قال معمر: أحسبه قال: علي فقال: ما سألت عنه عثمان، فأخبره بما سأله وبما أفتاه فقال له: «لكني أنهاك ولو كان لي عليك سبيل ثم فعلت لجعلتك نكالاً».

وروى البزار في «مسنده» (٧٣٠) عن أبي صالح الحنفي، قال: قال علي للناس سلوني: فقال ابن الكواء: حدثنا عن الأختين المملوكتين، وعن ابنة الأخ من الرضاعة، فقال: ذاهب أنت في التيه، فقال: إنما نسألك عمّا لا نعلم، فأما ما نعلم فما نسألك عنه، قال: أما الأختان المملوكتان فإنهما حرمتهما آية، وأحلتهما آية فلا أحله ولا أحرمه، ولا آمر به، ولا أنهى عنه، ولا أفعله أنا ولا أحد من أهل بيتي، وأما ابنة الأخ من الرضاعة، فإني ذكرت ابنة حمزة لرسول الله ﷺ، فقال: «إنها ابنة أخي من الرضاعة».

الآيَةَ، وقولَه تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٣] فرجَّحَ عليٌّ رضي الله عنه التحريمَ وعثمانُ رضي الله عنه التحليلَ[١].

قلتُ: وقولُهما: وحرمَتْهما آيةٌ، دليلٌ على أنَّ الآيةَ تناولَتِ الملكَين.

(**شذ**): والظاهر أنَّه رجَعَ عثمانُ عن ذلك، وإن لم يرجِعْ فالإجماعُ المتأخِّرُ يرفعُ الخلافَ المتقدِّم.

(**ك**): فلا يصِحُّ نكاحُهما معاً، ولو تعاقبا لا يصِحُّ نكاحُ الثانيةِ، ولو دخلَ بها وجبَ الأقلُّ من مهرِ المِثل ومن المسمَّى، وعليها العِدَّةُ، ولا يقرَبُ الأولى حتى تنقضِيَ عدَّةُ هذه، وفي الزنى بها حتى تحيضَ حَيضَةً لقوله عليه السلام: «لا يحِلُّ لرجلٍ يؤمنُ بالله واليومِ الآخِرِ أن يجمَعَ ماءَه في رحِمِ الأختَين»[٢] ولو اشتبهَتْ أولاهما فرِّقَ بينه وبينَهُما، ولهما نصْفُ المهرِ، وقيل: لا يثبتُ إلا بدعوَى كليهما، والاصطلاحُ لجهالتِه المستحقَّة، ولو طلَّقَ المنكوحةَ رجعياً أو بائناً أو ثلاثاً أو خالَعَها، لا يتزوَّجُ الثانيةَ في عِدَّتِها لبقاءِ نكاحِها من وجْهٍ.

قال: (**وَلَا يَجمَعُ بَينَ المَرأةِ، وعمَّتِها، ولَا خَالَتهَا، ولَا بِنتِ أُختِهَا، ولَا بِنتِ أَخيهَا**) لحديثِ ابن عباسٍ وجابرٍ وأبي هريرةَ رضي الله عنهم عن النبيِّ عليه السلام أنه قال: «لا تنكَحُ المرأةُ على عمَّتِها، ولا على خالتها، ولا على بنتِ أختِها، ولا على بنتِ أخيهَا[٣]، فإنَّكم إذا فعلتُم ذلك قطَعتُم أرحامَهنَّ»[٤]، وإنه من المشاهير، تلقَّته الأمَّةُ

---

(١) انظر: «الكشاف» (١/ ٤٩٦).

(٢) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ١٦٨): حديث غريب.

(٣) في (م): (ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتكتفي ما في صفحتها فإن الله رازقها)

(٤) أما حديث ابن عباس رضي الله عنهما فرواه ابن حبان في «صحيحه» (٤١١٦)، والطبراني في «المعجم الكبير» (١١/ ٣٣٧) (١١٩٣١) قال: نهى رسول الله ﷺ أن تزوج المرأة على العمة وعلى الخالة، =

بالقَبولِ، وعن عثمان البَتِّيِّ[1] جوازُه؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] لكنه تعالى شرَطَ الإحصانَ، فقال: ﴿مُّحْصِنِينَ﴾ وهو مجمَلٌ، فصحَّ بيانُه بخبرِ الواحِدِ، فما ظنُّكَ بالمشاهيرِ؟

قال: (**ولَا يَجمَعُ بَينَ امرَأَتَين لَو كَانَتْ كلُّ وَاحدَةٍ مِنهُمَا رجُلًا: لَم يَجُز لَه أَنْ يتزوَّجَ بالأُخرَى**) كالجمعِ بينَ الأختين، والجمعِ بينَ المرأة[2] وعمَّتِها على ما مرَّ.

قال: (**ولَا بَأسَ بأَن يَجمَعَ بَينَ امرَأَةٍ وابنَةِ زَوجٍ كَانَ لَهَا مِنْ قَبلُ**) وقال زُفرُ: لا يجوزُ، لأنَّ البنتَ لو كان رجلاً لم يجُزْ له أن يتزوجَ بالأخرى؛ لأنَّها موطوءةُ أبيه، ولنا أنَّ المرأةَ لو كانت رجلاً جازَ له أن يتزوَّجَ بالأخرى، والمحرِّمُ للجمعِ الحرمةُ من كلا الجانبَين.

قلت: وهذه فائدةُ قول المصنف: لو كانت كلُّ واحدةٍ منهما رجلاً لم يجُزْ أن يتزوَّجَ بالأخرى، وما وقعَ في بعض الشُّروح: لو كانت إحداهما رجلاً، سهوٌ وقعَ من الكاتبِ؛ لأنَّه ينتقضُ بهذه الصُّورة.

= وقال: «إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم». وروى أبو داود (٢٠٦٧)، والترمذي (١١٢٥) نحوه مختصراً، قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وأما حديث جابر رضي الله عنه مرفوعاً: فرواه أحمد في «مسنده» (١٤٦٣٣) بلفظ: «لا تنكح المرأة على عمتها، ولا على خالتها، ولا المرأة على ابنة أخيها، ولا على ابنة أختها». وروى البخاري (٥١٠٨) صدره.

وأما حديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً: فرواه أبو داود (٢٠٦٥)، والترمذي (١١٢٦) ولفظه: «لا تنكح المرأة على عمتها، ولا العمة على بنت أخيها، ولا المرأة على خالتها، ولا الخالة على بنت أختها، ولا تنكح الكبرى على الصغرى، ولا الصغرى على الكبرى». وروى مسلم (١٤٠٨) نحوه.

(١) انظر: «المحلى بالآثار» (٩/ ١٣٦).

(٢) في (ج): «المعرفة».

وَمَنْ زَنَى بِامْرَأَةٍ: حُرِّمَتْ عَلَيْهِ أُمُّهَا وَابْنَتُهَا، وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ طَلَاقًا بَائِنًا: لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأُخْتِهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْمَوْلَى أَمَتَهُ، وَلَا الْمَرْأَةُ عَبْدَهَا، وَيَجُوزُ تَزَوُّجُ الكِتَابِيَّاتِ، وَلَا يَجُوزُ تَزَوُّجُ المَجُوسِيَّاتِ، وَلَا الوَثَنِيَّاتِ، وَيَجُوزُ تَزَوُّجُ الصَّابِئَاتِ إِنْ كَانُوا يُؤْمِنُونَ بِنَبِيٍّ وَيُقِرُّونَ بِكِتَابٍ، فَإِنْ كَانُوا يَعْبُدُونَ الْكَوَاكِبَ، وَلَا كِتَابَ لَهُمْ: لَمْ تَجُزْ مُنَاكَحَتُهُمْ، وَيَجُوزُ لِلْمُحْرِمِ وَالْمُحْرِمَةِ أَنْ يَتَزَوَّجَا فِي حَالِ الإِحْرَامِ.

قال: (وَمَن زَنَى بِامرأَةٍ حُرِّمَتْ عَلَيهِ أُمُّهَا وابنَتُهَا) فالزنا يوجبُ حُرمةَ المصاهَرة عندنا؛ أي: حُرمةَ أصولِ كلِّ واحدٍ من الزانيَين على أصولِ الآخرِ وفروعِه، وقال الشافعيُّ[1]: لا يوجبُ؛ لأنَّه كبيرةٌ، وحرمةُ المصاهرةِ كرامةٌ، فيتنافيان كاللِّواطةِ، ولنا قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٢] والنِّكاحُ حقيقةٌ في الوطء، ولأنَّه وطءٌ في محلِّ الحرثِ، فصار كوطء أَمَتِه المزوَّجةِ، يثبتُ في هذا الوطءِ حرمَةُ المصَاهرةِ مع أنه حرامٌ[2]، أو النِّكاحِ الفاسدِ، أو جاريةِ ابنِه.

قولُه[3]: «كَبيرةٌ»، قلنا: وصفُ كونِه زِنًى لم يدخلْ في العلةِ، بل هذا حكمٌ نيطَ بالوطءِ في محلِّ الحرثِ من حيثُ هو وطءٌ لا من حيثُ هو زنًى، كالصَّلاةِ في الأرضِ المغصُوبةِ أو الثيابِ المغصُوبة؛ لأنَّ المجزِئَ هو الصَّلاةُ من حيثُ هو صلاةٌ لا من حيثُ شغلُ حقِّ الغيرِ.

ولو قبَّلَ أو لمسَ أو نظَرَ إلى فرجِ امرأةٍ بشهوةٍ بنكاحٍ أو ملكٍ أو فجورٍ: يثبُتُ

---

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (٩/ ٢١٤).

(٢) قوله: «يثبتُ في هذا الوطء حرمةُ المصاهرة مع أنه حرام»: زيادة من (ج).

(٣) أي: الشافعي.

حُرمةُ المصاهَرةِ إذا كانت مشتهاةً، وهي بنتُ تسعِ سنينَ فصاعداً، ولا يثبُتُ في بنتِ الخمسِ، وفيما بين الخمسِ والتسعِ إذا كانت عليه اختلافاتُ الرواياتِ والمشايخِ، والأصحُّ أنَّها لا تثبُتُ.

وأما حدُّ الشهوةِ إذا كان شابًّا يقدِرُ على الجماعِ أن ينتشِرَ به آلتُه، ولو كانَ منتشِراً قبله أن يزدادَ قوةً وانتشاراً، وفي الشيخِ والعِنِّين أن يتحرَّكَ قلبُه بالاشتهاءِ، ولو كان متحرِّكاً قبلَه أن يزدادَ تحرُّكُه، وإليه أشارَ في (**شب شس**)[1]، وقيل: ميَلانُ القلبِ انتشرَ أو لا، وقيل: تحرُّكُ الآلةِ حتى لا يثبُتُ في الشيخِ والعنِّين، والأولُ أصحُّ، وعن محمَّدٍ: إذا لم ينتشِرْ في الحالِ أو لم يتحرَّكٍ، ثم تحرَّكَ بعدَه لا عبرةَ به.

(**جت**): في بنت ثمانٍ أو تسعٍ إذا كانت ضخمةً تثبُتُ به الحرمةُ، وإلَّا فإلى ثنتي عشْرةَ سنةً.

ولو قبَّلَ رابَّتَه أو ربيبتَه أو مسَّها بشهوةٍ حرُمَتْ على أبيه وابنِه، ولو مسَّها فوقَ ثوبٍ، فإن وجَدَ حرارةَ الممسُوسِ: حرُمَتْ، وإلا: فلا، والنظرُ إلى داخلِ الفرجِ هو المحرِّمُ، حتى لو نظرَ إليه قائمةً أو قاعدةً: لا يحرِّمُ، عن أبي يوسُفَ: النظرُ إلى دبُرِها لا يوجِبُ، وكذا الإتيانُ عند محمدٍ رحمه الله، وكذا إذا نظَرَ إلى فرجِها وأمنى، ولو قبَّلَتْه أو مسَّتْه أو نظرَت إلى ذكَرِه بشهوةٍ: تثبُتُ الحرمةُ.

(**جش**): وفي مسِّ شعرِها لشهوةٍ: اختلافٌ، وتقبَلُ الشهادةُ على الإقرارِ بالمسِّ والتَّقبيلِ لشهوةٍ، وفي نفسِ المسِّ والتقبيلِ: اختلافٌ[2]، وفي «الشامل»[3]: ولا تحرُمُ أصولُ الزوجةِ وفروعُها على أصولِ الزوجِ وفروعِه.

---

(١) انظر: «المبسوط» (٤/ ٢٠٨).

(٢) في (ف) زيادة: (المشايخ).

(٣) الكتاب في فروع الحنفية، لأبي القاسم، إسماعيل بن الحسين بن عبد الله البيهقي، الحنفي، ت: (٤٠٢هـ) جمع فيه مسائل وفتاوى، تتضمن كتاب «المبسوط»، و«الزيادات». «كشف الظنون» (٢/ ١٠٢٤).

ولو قبَّلَها أو لمسَها أو نظرَ إلى فرجِها، وقال: لم يكُنْ لشهوةٍ: **(جش)**: لا يصدَّقُ في القُبلَةَ دونَهما، وقيل: يصدَّقُ، وفيها[١] دونَ المباشَرةِ **(ن)**: يصدَّقُ إذا قبَّلَ رأسَها أو جبهتَها، أو خدَّها دونَ فمِها[٢]، وتقبَلُ الشهادةُ على الإقرارِ بالتقبيلِ والمسِّ والنظرِ لشهوةٍ، وفي الشَّهادةِ بالقُبلةِ والمسِّ والنظرِ لشهوةٍ: اختلافُ المشايخِ، ولو مسَّ ابنتَه لشهوةٍ ليلاً ظنَّها امرأتَه حرُمَت عليه.

قال: **(وإِذَا طلَّقَ الرَّجُل[٣] امرَأَتَه طَلاقًا بَائنًا: لَم يَجُز لَهُ أَنْ يتَزَوَّجَ بِأُختِهَا حتَّى تَنقَضِي عِدَّتُها)** ولا بأربعٍ سِواها.

(ط)[٤]: وكما لا يجوزُ أن يتزوَّجَ بأخت امرأتِه في عِدَّتِها لا يجوزُ أن يتزوَّجَ أحداً من محارِمِها.

قلتُ: معناه لا يتزوَّجُ في عِدَّة المطلَّقة بعمَّتِها ولا بخالتِها، ولا بنتِ أخيها، ولا بنتِ أختها، وقال الشافعيُّ[٥]: يجوزُ؛ لانقطاعِ الزوجيَّة بالكلِّيةِ، ولهذا لو وطِئَها معَ العلمِ بالحرمَةِ يُحدُّ، ولنا: النِّكاحُ باقٍ من وجهٍ لبقاءِ أحكامِه كالسُّكنى والمنعِ والفراشِ، وأمَّا الحدُّ فلا يجبُ بإشارةِ كتابِ الطلاقِ، ولأنَّ جوازَ نكاحِها يؤدِّي إلى جمعِ مائه في رحِمِ أختَين، وإنه ممتنِعٌ لِما مرَّ من الحديثِ.

قال: **(وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْمَوْلَى أَمَتَهُ، وَلَا الْمَرْأَةُ عَبْدَهَا)** لأنَّ النِّكاحَ ما شُرعَ إلا مثمِراً ثمراتٍ مشترَكةً بين الناكحَين، والمملوكيَّةُ تُنافِي الشَّركةَ.

---

(١) في (ج): «عنها».

(٢) في (ف) زيادة: «قح: إذا مسها أو قبلها بشهوة ثبتت حرمة المصاهرة، وإن أنكر الشهوة كان القول قوله إلا أن يكون ذلك مع انتشار الآلة».

(٣) في (ف): (الزوج).

(٤) انظر: «المحيط البرهاني» (٣/ ٧٧).

(٥) انظر: «الحاوي الكبير» (٩/ ١٦٩).

قال: (وَيَجُوزُ تَزَوُّجُ الكِتَابِيَّاتِ) لقوله تعالى: ﴿ٱلۡيَوۡمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ﴾ إلى أن قال: ﴿وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ مِن قَبۡلِكُمۡ﴾ [المائدة: ٥].

قال: (وَلَا يَجُوزُ تَزَوُّجُ[1] المَجُوسِيَّاتِ، وَلَا الوَثَنِيَّاتِ) لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ ٱلۡمُشۡرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤۡمِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٢].

قال: (وَيَجُوزُ تَزَوُّجُ الصَّابِئَاتِ إِنْ كَانُوا يُؤْمِنُونَ بِنَبِيٍّ[2] وَيُقِرُّونَ بِكِتَابٍ، فَإِنْ كَانُوا يَعْبُدُونَ الْكَوَاكِبَ، وَلَا كِتَابَ لَهُمْ: لَمْ تَجُزْ مُنَاكَحَتُهُمْ) لأنَّها مُشركاتٌ، والأولى كتابياتٌ.

قلتُ: وفي بعض النُّسخِ: «إن كنَّ يؤمنَّ بالدينِ ويقرِزْنَ بكتابٍ، وإن كنَّ يعبدنَ الكواكبَ، فإن كانوا لا كتابَ لهم لم يجُزْ مناكحتُهم»، والفرقُ بين الوضعَين أنَّ في الوضْعِ الأوَّل عِبادةَ الكواكبِ يمنعُ المناكَحَةَ وإن كانت كتابيَّةً، وفي الوضعِ الثاني: لا يمنعُ إلا إذا لم يكُنْ لهنَّ كتابٌ، ولكلِّ واحدٍ منهما وجهُ صحَّةٍ، لكن الوضعُ الأولُ مذهبُهما، والثاني مذهبُ أبي حنيفةَ عند بعضِ المشايخ؛ لأنَّهم زعمُوا أنَّه يجوزُ مناكَحةُ الكتابيَّات، وإن كنَّ يعبُدنَ الكواكبَ عندَ أبي حنيفةَ، وعندهما: لا يجوزُ، والصَّحيحُ أنَّ التفاوتَ في الوضعِ لتفاوُتِ المرادِ في عبادةِ الكواكبِ، فالأولُ محمُولٌ على حقيقةِ عبادةِ الكواكبِ، والثاني على تعظيمِها تعظيمَ المسلمين للقِبلة، وإليه أشار في (شق ك تح) أنَّ ما رُويَ أنَّه يجوزُ تزويجُ الصَّابئات عندَ أبي حنيفةَ خلافاً لهما، فليس بخلافٍ في الحقيقةِ، فإنَّ أبا حنيفةَ زعَمَ أنَّهم يقرأون الزَّبورَ ويعظِّمُونَ الكواكبَ كتعظيمِ المسلمينَ القِبلةَ في الاستقبالِ إليها، فجوَّزَ مناكحتَهم، وهما زعَما أنَّهم يعبُدون الكواكبَ كعبادةِ الأوثانِ، فحرَّما مناكحَتَهم، وكلٌّ لا يخالِفُ صاحبَه فيما أجابَ.

---

(١) في (ج) هنا والموضع التالي: «تزويج».

(٢) في (ص) و(ف): «بدينٍ».

قال: (وَيَجُوزُ لِلْمُحْرِمِ وَالمُحْرِمَةِ أَنْ يَتزَوَّجَا فِي حَالِ الإِحْرَامِ) وقال الشافعيُّ[١]: لا يجوزُ، ولا يكون وليًّا؛ لقوله عليه السلام: «لا ينكِحُ المحرِمُ، ولا يُنْكَحُ، ولا يخطِبُ»[٢] ولنا ما روى أبو هريرةَ وعائشةُ رضي الله عنهما: «أنه عليه السلام تزوَّجَ ميمونةَ وهو محرِمٌ»[٣] ولأنَّ حُرمتَه على شرفِ الزوالِ كالحيضِ، وما رواه محمولٌ على الوطءِ وانتفاءِ الوطءِ.

وينْعَقِدُ نِكَاحُ الحُرَّةِ البَالِغَةِ العَاقِلَةِ بِرِضَاهَا، وَإِنْ لَمْ يَعْقِدْ عَلَيْهَا وَلِيٌّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، بِكْرًا كَانَتْ أَوْ ثَيِّبًا، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: لَا يَنْعَقِدُ إِلَّا بِوَلِيٍّ، وَلَا يَجُوزُ لِلْوَلِيِّ إِجْبَارُ البِكْرِ البَالِغَةِ عَلَى النِّكَاحِ، وَإِذَا اسْتَأْذَنَهَا فَسَكَتَتْ أَوْ ضَحِكَتْ: فَذَلِكَ إِذْنٌ مِنْهَا، وإِنْ أَبَتْ: لَمْ يُزَوِّجْهَا، وَإِذَا اسْتَأْذَنَ الثَّيِّبَ: فَلَا بُدَّ مِنْ رِضَاهَا بِالْقَوْلِ، وَإِذَا زَالَتْ بَكَارَتُهَا بِوَثْبَةٍ، أَوْ حَيْضَةٍ، أَوْ جِرَاحَةٍ: فَهِيَ فِي حُكْمِ الأَبْكَارِ، وَإِنْ زَالَتْ بِزِنًا: فَهِيَ كَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

قال: (وينعقِدُ نِكَاح الحرَّةِ البَالغَةِ العَاقِلَة بِرِضَاهَا وإن لَم يَعقِدْ عَليهَا وليٌّ عِندَ أَبِي حَنيفَةَ بِكرًا كَانَتْ أَو ثيبًا، وقالَ أَبُو يوسُفَ ومحَمَّدٌ: لا يَنْعَقِدُ إِلَّا بِوَلِيٍّ).

(ك): صحَّ عندَ أبي حنيفةَ وزفرَ، وهو قولُ أبي يوسُفَ أولاً، ثم رجعَ وقال: لا

---

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (٩/ ٣٣٥).

(٢) رواه مسلم (١٤٠٩) من حديث عثمان بن عفان رضي الله عنه.

(٣) رواه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤٢١٤)، والطبراني في «المعجم الأوسط» (٨٩٩٢)، والدارقطني في «السنن» (٣٦٦٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، «نصب الراية» (٣/ ١٧١).

وأما حديث عائشة رضي الله عنها: فرواه الترمذي في «العلل الكبير» (٢٢٥)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٥٣٨٨).

ويشهد لهما ما رواه البخاري (١٨٣٧)، ومسلم (١٤١٠) عن ابن عباس رضي الله عنهما.

يجـوزُ إلا بولـيٍّ أو حاكـمٍ، أو برضَاهُما، أو بإجازتهما، وهو قـولُ محمدٍ في «الأصول» وعـن أبـي يوسُـفَ: يجـوزُ إذا زوَّجَـت من كـفْءٍ لا غيرُ، وعـن محمدٍ: إن لـم يكنْ لها وليٌّ جازَ.

(هـ)[١]: وقال مالكٌ[٢] والشافعيُّ[٣]: لا ينعقدُ النكاحُ بعبارة النساء أصلاً؛ لقولِه عليه السلام: «أيُّما امرأةٍ نكَحَت نفسَها بغيرِ إذنِ وليِّها، فنِكاحُها باطلٌ باطلٌ»[٤] ولأنَّ النِّكاحَ يُرادُ لمقاصِدِه[٥]، والتفويضُ إليهنَّ مخلٌّ بها، لكنَّ محمَّداً يقولُ: يرتفِعُ الخللُ بإجازةِ الوليِّ، ولأبي حنيفةَ قولُه تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢]، ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٤٠]، وقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، أضافَ حقيقةَ النِّكاحِ إليهنَّ، ولأنَّها أهلٌ للتصرُّفِ، وبدليل صحَّةِ تصرُّفِها في المالِ والإقرارِ بالنِّكاحِ، والنِّكاحُ حقُّها فيجوزُ.

قال: (**ولَا يَجُوزُ للوَليِّ إجبَارُ البِكْرِ البَالِغَةِ عَلى النِّكَاحِ**) خلافاً للشافعيِّ[٦] بناءً على أنَّ علَّةَ ولايةِ الإجبار عندَه البكارةُ، فلا يُنكِحُ الثيِّبَ الصَّغيرةَ، ويُجبِرُ البكرَ البالغةَ؛ لأنَّ البكرَ غيرُ عالمةٍ بأمورِ النِّكاحِ لعدمِ التَّجربةِ، ولهذا يَقبِضُ الأبُ صَداقَها بغَيرِ أمرِها، وعلَّةُ الإجبارِ عندنا الصِّغرُ؛ لأنَّه مظنَّةُ الجهلِ ونقصانُ العقلِ، وقد كمَلَ عقلُها بالبلوغِ بدليلِ توجُّهِ الخطابِ، فصارَ كالغلامِ، والتصرُّفِ في المالِ؛ دلَّ عليه قولُه عليه السلام:

---

(١) انظر: «الهداية» (١/ ١٩١).

(٢) انظر: «المعونة» (ص: ٧٢٧).

(٣) انظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» (٥/ ٢٤٢).

(٤) رواه أبو داود (٢٠٨٣)، والترمذي (١١٠٢)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٥٣٧٣)، وابن ماجه (١٨٧٩) من حديث عائشة رضي الله عنها، وقال الترمذي: هذا حديث حسن.

(٥) في (ص): (لمقاصد حقها).

(٦) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (٩/ ٢١٧).

«البِكرُ تُستأمَرُ في نفسِها، وإذنُها صُماتُها»(١) وإنما ملَكَ الأبُ قبضَ صَداقِها بِرِضاها دلالةً، حتى لو نَهَتْه: لا يملِكُ.

قال: **(وَإِذَا اسْتَأْذَنَهَا فَسَكَتَتْ أَوْ ضَحِكَتْ: فَذَلِكَ إِذْنٌ مِنْهَا، وإِنْ أَبَتْ: لَمْ يُزَوِّجْهَا)** لقوله عليه السلام: «البِكرُ تُستأمَرُ في نفسِها، فإنْ سكتَتْ فقَد رضيَتْ»(٢) ولأنَّ جانبَ الرِّضا في السُّكوتِ راجحٌ على الرَّدِّ؛ لأنَّها تستَحيي عن(٣) إظهارِ الرَّغبةِ إلى الرجالِ دونَ الردِّ، والضَّحِكُ أدلُّ على الرِّضا من السُّكوتِ.

(شط): الضحكُ رضًى إلا استهزاءً، وذلك معلومٌ عند الناسِ، وبكاؤها ردٌّ عندَ أبي يوسُف، وعنه: رضًى، وقيل: إن كان عن صوتٍ فردٌّ، وإلَّا فرضًى، وقيل: إن كان دَمعُها بارداً فرِضًى، وإن كان حاراً فردٌّ، وقيل: إن كان عذباً فرِضًى، وإن كان مالحاً: فلا، والاستئمارُ والإجبارُ بالنِّكاحِ فيها سواءٌ، وإنما يكونُ سكوتُها رضًى عند الاستئمار بشرطين:

أحدُهما: أن يستأمِرَها الوليُّ أو رسولُه، خلافاً للكَرْخيِّ.

والثاني: أن يسمِّيَ لها الزوجَ تسميةً يقَعُ بها المعرِفةُ، والزوجُ كفءٌ والمهرُ وافرٌ، حتى لو قال: أزوِّجُكِ بعضَ جيراني أو بَني عمِّي: لم يكُنْ سكوتُها رضًى.

لأنَّ الرِّضا بالمجهولِ لا يُتصوَّر، وقيل: لو عدَّ عليها جماعةً فسكتَت، فزوَّجَها من أحدِهم، وكذا لو ذكَرَ بَني فلانٍ وهم يُحصَّون.

---

(١) رواه مسلم (١٤٢١) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٢) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ١٩٤): غريب بهذا اللفظ. وروى البخاري (٥١٣٦)، ومسلم (١٤١٩) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، أن النبي ﷺ قال: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن» قالوا: يا رسول الله، وكيف إذنها؟ قال: «أن تسكت».

(٣) في (ص) و(ش): (على).

(م): ولو استأمرَها وليُّه[1] مطلَقاً، فله أن يزوِّجَها من نفسِه، وقيل: لا بدَّ من تسمية المهرِ، والأصحُّ خلافُه، ولو لم يكُن الزوجُ كفئاً والمهرُ وافياً: لم يكُنْ سكوتُها رضًى إلا في حقِّ الأبِ والجدِّ عند أبي حنيفةَ، وعندهما مطلقاً؛ لأنَّهما وليَّانِ فيه عنده أجنبيَّانِ عندهما، فإن بلَغَها خبرُ النِّكاحِ فسكتت، فهو رضًى خلافاً لابنِ مقاتلٍ، وبلوغُ الخبرِ بأن يبعَثَ الوليُّ إليها رسولاً، وإن أخبرَها فضُوليٌّ فلا بدَّ من العدَدِ أو العدالةِ عنده، وقالا: لا يُشترطُ ذلك كالرسولِ.

(ط شب[2][3]: جعل أصحابُنا السكوتَ رضًى في عدَّة مسائل:

إحداها: البِكرُ إذا استأمَرَها الوليُّ في التزويجِ فسكَتَتْ.

وثانيها: بلغَها الخبرُ فسكتَتْ.

وثالثُها: قبضَ الأبُ أو الجدُّ مهْرَ البِكرِ البالغةِ فسكتَت، كان رضًى، وفي سائرِ الديونِ وغيرِ الأبِ والجدِّ: لا.

ورابعُها: سكتَ الشفيعُ بعدما علمَ بالبيع، فهو تسليمٌ.

وخامسُها: تواضَعا في السرِّ أن يظهَرَ البيعُ تلجئةً، ثم قال أحدُهما: بدا لي أن أجعَلَه بيعاً نافذاً، فسكتَ صاحبُه: نفَذَ.

وسادسُها: عبدٌ أسَرَه المشركون، فوقعَ في نصيبِ بعضِ المسلمين الغانمين، فباعَه ومولاه الأولُ حاضرٌ فسكتَ: سقط حقُّه.

وسابعُها: المشتري قبَضَ المبيعَ والبائعُ يراهُ فسكت: سقَطَ حقُّ الحبس.

---

(١) في (ص) و(ش): «وليها».

(٢) في (ش): (شت).

(٣) انظر: «المحيط البرهاني» (٣/ ٥٦).

وثامنُها: بيعُ مجهولِ النسبِ وهو ساكتٌ، كان إقراراً بالرِّقِّ، زاد الطَّحَاويُّ: وقيل له: قُمْ مع مولاكَ فقامَ.

وتاسعُها: رأى عبدَه يبيعُ ويشتري فسكت، كان إذناً.

وعاشرُها: (شح): الوليُّ رأى الصبيَّ المحجورَ يبايع فسكت، كان إذناً.

وحادي عشَرَها: الموهوبُ له قبَضَ الهبةَ في المجلِسِ، ويراه الواهبُ فسكَتَ، فهو إذنٌ في القبض استحساناً.

وثاني عشَرَها: سكوتُ البائع عند قبضِ المشتري شراءً فاسداً إذنٌ، فيملِكُه بالقبضِ.

وثالثَ عشَرَها: سكوتُ الحالفِ: لا أُسكِنُ فلاناً داري، أو لا أترُكُه؛ فسكنَها وهو يراه، فهو تركٌ وإسكانٌ.

ورابعَ عشَرَها: سكوتُ المشتري بالخيارِ إذا رأى عبدَه يتبايَعُ، فهو اختيارٌ وإبطالٌ لخيارِه.

وخامسَ عشَرَها: سكتَ عن نفِي الولد زيادةً على يومَين: لزِمَه عندَ أبي حنيفةَ، وعنه: إذا هُنِّئَ بالولد فسكتَ.

وسادسَ عشَرَها: (شج) قال لغيره: بِعْ عبدِي فسكتَ، ثمَّ قامَ وباعَ، كان قَبولاً للتوكيلِ.

وسابع عشرها: شقَّ زقَّ غيرِه وهو حاضرٌ فسكتَ حتى سأَلَ ما فيهِ: لم يضمَنْ.

وثامنَ عشَرَها: زوَّجَ الصغيرةَ غيرُ الأبِ والجدِّ فبلغَتْ بِكراً، فسكتت ساعةً: بطلَ خيارُها[1].

وتاسعَ عشَرَها: ما ذكَرَ في «مُنيةِ الفقهاء»: رأى غيرَه يبيعُ عرضاً أو داراً، فقبَضَها المشتري وتصرَّف فيها زماناً وهو ساكتٌ: سقطَ دعواهُ.

---

(١) في (ش): «اختيارها».

قال: (وَإِذَا اسْتَأْذَنَ الثَّيِّبَ: فَلَا بُدَّ مِنْ رِضَاهَا بِالقَوْلِ) لقوله عليه السلام: «الثيِّبُ يعرِبُ عنها لسانُها»(١).

قال: (وَإِذَا زَالَتْ بَكَارَتُهَا بِوَثْبَةٍ، أَوْ حَيْضَةٍ، أَوْ جِرَاحَةٍ: فَهِيَ فِي حُكْمِ الأَبْكَارِ) وكذا بتعَنيسٍ؛ لأنَّها بِكرٌ؛ لأنَّ البِكرَ مَن يبتكِرُها الرجالُ، مأخوذٌ من الباكورةِ والبُكرةِ، ولبقاءِ المظنَّة أيضاً، وهو الحياءُ.

قال: (وَإِنْ زَالَتْ بِزِنًا: فَهِيَ كَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وقالَ أَبُو يوسُفَ ومحمَّدٌ والشَّافعيُّ(٢): لَا يُكتفَى بسكوتِها؛ لأنَّها ثيِّبٌ حقيقةً؛ لأنَّ مصيبَها ثابَ إليها؛ أي: عادَ، وله: توقيفُ نِكاحِها على النطقِ تعييرٌ لها وإشاعةٌ لفاحشتِها، وقد أُمِرْنا بالسترِ، حتى لو اشتُهِرَ حالُها لا يُكتفَى بسكوتِها.

وإِذَا قَالَ الزَّوْجُ: بَلَغَكِ النِّكاحُ، فَسَكَتِّ، فَقَالَتْ: رَدَدْتُ: فَالقَوْلُ قَوْلُهَا، وَلَا يَمِينَ عَلَيْهَا، وَلَا يُسْتَحْلَفُ فِيهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يُسْتَحْلَفُ فِيهِ، وَيَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِلَفْظِ النِّكَاحِ، والتَّزْوِيجِ، والتَّمْلِيكِ، وَالهِبَةِ، وَالصَّدَقَةِ، وَلَا يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الإِجَارَةِ وَالإِبَاحَةِ.

قال: (وإِذَا قَالَ الزَّوجُ: بَلَغكِ النِّكاحُ، فَسَكتِّ، فَقَالَتْ: ردَدْتُ، فَالقَولُ قولُها، ولَا يَمِين عَليهَا) وقال زُفرُ: القولُ له؛ لأنَّ السكوتَ أصلٌ وقد تمسَّكَ به، فصارَ كالمتبايعَين بشرطِ الخيارِ اختلَفا في الردِّ والسُّكوتِ، فالقولُ لمَنْ يدَّعِي السُّكوتَ، ولنا أنَّه يدَّعِي تملُّكَ البِضْعِ، وهي تنكِرُ، فكان القولُ قولَها كالمودَعِ إذا ادَّعَى ردَّ الوَديعةِ، ولو أقامَ

---

(١) روى ابن ماجه (١٨٧٢)، وأحمد في «مسنده» (١٧٧٢٢)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (٧٧٤)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (٥٧٤٣)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٣٧٠٦) عن عدي بن عدي الكندي، عن أبيه، قال: قال رسول الله ﷺ: «الثيب تعرب عن نفسها».

(٢) انظر: «فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب» (٢/ ٤٤).

الزوجُ بينةً على سُكوتِها قُبلَتْ، وإنْ لم يُقِمْ له بينةً فلا يمينَ عليها عندَ أبي حنيفةَ، لأنَّ الاستحلافَ لا يجرِي في الأشياءِ الستَّةِ عندَه خلافاً لهما على ما سيأتي عليكَ في الدَّعوَى إنْ شاءَ الله تعالى.

قال: (**ويَنعَقِدُ النِّكاحُ بِلَفْظِ النِّكاحِ والتَّزوِيجِ والتَّمْليكِ والهِبَةِ والصَّدقَةِ**) وكلِّ لفظٍ يملِكُ به الرقَبَةَ نحوِ البيعِ والشراءِ والإعطاءِ على الأصَحِّ، وقال الشَّافعيُّ[1]: لا يَنْعقِدُ إلَّا بلفظِ النِّكاحِ والتَّزويجِ؛ لأنَّ التَّمليكَ ليس حقيقةً للنِّكاحِ ولا مَجازاً عنه؛ لأنَّ التَّزويجَ للتَّلفيقِ والنِّكاحَ للضمِّ، ولا ازدواجَ بينَ المالكِ والمملوكِ، ولنا أنَّ نكاحَ النبيِّ عليه السلام انعقدَ بلفظِ الهِبَةِ؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱمۡرَأَةٗ مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾ [الأحزاب: ٥٠] فكذا نكاحُ أمَّتِه، ولأنَّ التمليكَ سببٌ لملكِ المتعةِ في محلِّها كالنِّكاحِ، فيصلُحُ مجازاً عنه، ولأنَّ السببيةَ[2] من طُرقِ المَجازِ، كالتحرير يُعبَّرُ به عن الطلاقِ.

قال: (**ولَا يَنعَقِدُ بِلفْظِ الإِجَارةِ والإِبَاحَةِ**) أمَّا الإجارةُ فقال الكَرخيُّ: ينعقِدُ بها، وقال أبو بكرٍ الرازيُّ: لا ينعقدُ، وهو الأصحُّ؛ لأنَّها ليسَتْ بسببٍ لملكِ المتعةِ، وكذا لفظُ الإباحةِ والإحلالِ والإعارةِ، قال الكرخيُّ: وكذا الوصيةُ؛ لأنَّها إنَّما توجِبُ المِلكَ بعد الموتِ.

(ط)[3]: وفي لفظِ القَرضِ والرَّهنِ والإعارةِ والصُّلحِ والعطيَّةِ: اختلافُ المشايخِ، ولا ينعَقدُ بالإقالةِ والخُلعِ دونَ الردِّ.

---

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (٩/ ١٥٢).

(٢) في (ج): «التشبيه».

(٣) انظر: «المحيط الرهاني» (٣/ ٦).

وَيَجُوزُ نِكَاحُ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ إِذَا زَوَّجَهُمَا الْوَلِيُّ، بِكْرًا كَانَت الصَّغِيرَةُ أَوْ ثَيِّبًا، وَالوَلِيُّ هُوَ العَصَبَةُ، فَإِنْ زَوَّجَهُمَا الْأَبُ أَوْ الْجَدُّ: فَلَا خِيَارَ لَهُمَا بَعْدَ بُلُوْغِهِمَا، فَإِنْ زَوَّجَهُمَا غَيْرُ الْأَبِ والجَدِّ: فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الخِيَارُ إِذَا بَلَغَ: إِنْ شَاءَ أَقَامَ عَلَى النِّكَاحِ، وَإِنْ شَاءَ: فَسَخَ.

قال: (**وَيَجُوزُ نِكَاحُ الصَّغِيرِ والصَّغيرَةِ إذَا زَوَّجَهُما الوَليُّ، بِكرًا كَانَت الصَّغيرَةُ أو ثيِّبًا**) خلافاً لابنِ شُبرُمةَ لغُنيتِهما، ولنا قولُه تعالى: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَٰمَىٰ مِنكُمۡ﴾ [النور: ٣٢]، والأيِّمُ: هي التي لا زوجَ لها؛ لأنَّه عليه السلام تزوَّجَ عائشةَ وهي بنتُ ستِّ سنين[١].

قال: (**والوَليُّ هُو العَصَبَةُ**) كالآباءِ والإخوةِ والأعمامِ وأبنائِهم، وقال مالكٌ[٢]: لا يَلي نكاحَ الصَّغائر سوى الأبِ، وقال الشافعيُّ[٣]: سوى الأبِ والجدِّ؛ لقُصورِ شفَقةِ غيرِهما وغُنيتِهنَّ عنه، ولنا قوله عليه السلام: «النِّكاحُ[٤] إلى العصَباتِ»[٥] وبه العبادِلةُ وعمرُ وعائشةُ وأمُّ سلمةَ رضي الله عنهم[٦]، ولأنَّ مصالحَ النِّكاحِ لا يتوفَّرُ إلا بين المتكافئَين عادةً، ولا يتفقُ الكفءُ في كلِّ زمانٍ، فأثبت الشارعُ الولايةَ للأولياء إحرازاً لمصالح الكفء.

---

(١) رواه البخاري (٥١٣٤)، ومسلم (١٤٢٢) عن عائشة رضي الله عنها.

(٢) انظر: «الرسالة» للقيرواني (ص: ٨٩).

(٣) انظر: «الحاوي الكبير» (٩/ ٩١).

(٤) في (ج): «الإنكاح».

(٥) قال العيني في «البناية» (٥/ ٩٣): ذكر هذا الحديث شمس الأئمة السرخسي، وسبط ابن الجوزي، ولم يخرجه أحد من الجماعة، ولا يثبت، مع أن الأئمة الأربعة اتفقوا على العمل به في حق البالغة، وقال السروجي: روي عن علي رضي الله تعالى عنه موقوفاً ومرفوعاً: «الإنكاح إلى العصبات»، ويروى: «النكاح إلى العصبات».

(٦) انظر: «إيثار الإنصاف في آثار الخلاف» (ص: ١٢٥).

قال: (**فإن زوَّجهُمَا الأبُ والجَدُّ فَلا خِيَار لَهُمَا بَعدَ بُلُوغِهِما**) لتكاملِ رأيِهما ووُفورِ شفَقتِهما.

قال: (**فإنْ زَوَّجهُما غَيرُ الأَبِ والجَدِّ فَلكُلِّ واحِدٍ مِنهُمَا الخِيارُ إذَا بَلَغَ إنْ شَاءَ أَقَامَ عَلى النِّكاحِ وإِن شَاءَ فَسَخَ**[١]) وقال أبو يوسُف: لا خيارَ لهمَا كالأبِ والجدِّ، ولهما: أنَّ وراءَ قَرابةِ الوِلادِ قرابةً ناقصةً، ونقصانُها يشعِرُ بقُصورِ شفقَتِها، فتختَلُّ مقاصِدُها عسى فيُتداركُ بخيارِ البلوغِ[٢]، وإطلاقُ الجوابِ في غيرِ الأبِ والجدِّ يتناولُ الأمَّ والقاضِي، وهو الصَّحيحُ من الروايةِ؛ لقصُورِ الرأي في الأمِّ والشفَقةِ في القاضِي، ويشترَطُ فيه القضاءُ؛ لأنَّه لدفعِ ضَررٍ خفيٍّ، فجُعلَ إلزاماً في حقِّ الآخَر، بخلافِ خيارِ العتقِ؛ لأنَّه لدفعِ ضَررٍ جليٍّ؛ وهو زيادةُ المِلكِ عليها.

(**شط**): فإن بلغَتْ بِكراً وعلِمتَ بالنِّكاحِ فسكَتَت: لزِمَها وإن لم تعلَمْ بالخيار؛ لأنَّ جهلَها ليس بعذرٍ؛ لأنَّها تتفرَّغُ للتعلُّمِ، وإن لم تعلَمْ بالنِّكاحِ فلها الخيارُ حتى تعلَمَ؛ لأنَّ الجهلَ بالنِّكاح عذرٌ، ولا يبطُلُ خيارُ الثيِّبِ والغُلامِ بالسكوتِ، ولا بالقيام من المجلِسِ، ما لم يوجَدْ دليلُ الرِّضا، وخيارُ العتقِ: لا يبطُلُ بجهلِها؛ لأنَّها لا تتفرَّغُ للتعلُّمِ، ويبطُلُ بقيامِها كالمخيَّرةِ دونَ سُكوتِها وإن كانت بِكراً.

ثم الفُرقةُ التي تختصُّ بالقضاء: فُرقةُ الجَبِّ، والعُنَّةِ، واللِّعانِ، وإباءِ الزوجِ الإسلامَ: وهي طلاقٌ.

وخيارُ البلوغِ، وعدمِ الكفاءةِ، ونقصانِ المهرِ: فسْخٌ.

---

(١) في (ج): «إذا بلغا إن شاءا أقاما على النكاح وإن شاءا فسخا».

(٢) انظر: «الهداية» (١/ ١٩٣)، وفي ««البناية شرح الهداية» (٥/ ٩٥): ولم يتعرض أحد من الشراح لمعنى (عسى)، والذي يليق به هاهنا بمعنى الترجي.

وَلَا وِلَايَةَ لِعَبْدٍ، وَلَا صَغِيرٍ، وَلَا مَجْنُونٍ، وَلَا لِكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمَةٍ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يَجُوزُ لِغَيْرِ العَصَبَاتِ مِن الأَقَارِبِ: التَّزْوِيجُ، وَمَنْ لَا وَلِيَّ لَهَا إِذَا زَوَّجَهَا مَوْلَاهَا الَّذِي أَعْتَقَهَا: جَازَ، وَإِذَا غَابَ الْوَلِيُّ الْأَقْرَبُ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً: جَازَ لِمَنْ هُوَ أَبْعَدُ مِنْهُ أَنْ يُزَوِّجَ.

وَالْغَيْبَةُ الْمُنْقَطِعَةُ: أَنْ يَكُونَ فِي بَلَدٍ لَا تَصِلُ إِلَيْهِ الْقَوَافِلُ فِي السَّنَةِ إِلَّا مَرَّةً.

قال: (**وَلَا وِلَايَةَ لِعَبْدٍ، وَلَا صَغِيرٍ، وَلَا مَجْنُونٍ، وَلَا لِكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمَةٍ**) لأنَّه لا ولايةَ لهم على أنفُسِهم، فعلى غيرهم أولى، وأما الكافرُ فلقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١] أي: ولايةً، وله ولايةٌ على ولدِه الكافر؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُواْ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٣] وبدليل قَبولِ شهادتِه عليه وجرَيانِ التوارُثِ بينهما.

قال: (**وقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يَجُوزُ لِغَيْرِ العَصَباتِ مِن الأَقَارِبِ التَّزوِيجُ**) يعني: عند عدم العصَبات، وهو استحسانٌ، والقياسُ أن لا يجوزَ، وبه قال محمدٌ، وقولُ أبي يوسُفَ مضطرِبٌ، (هـ)[١]: والأشهرُ أنَّه مع محمدٍ (ط)[٢]: والأصحُّ أنَّه مع أبي حنيفةَ، لمحمدٍ قوله عليه السلام: «النِّكاحُ إلى العصَبات»[٣] ولهما أنَّه ولايةٌ نظريةٌ، والنظرُ يحصُلُ بالتفويضِ إلى القَرابةِ الباعثةِ إليه.

(ط)[٤]: ذكر شيخُ الإسلام: الأختَ لأبٍ وأمٍّ، أو لأبٍ أَولى من الأمِّ؛ لأنَّ النساءَ اللواتي من قبَلِ الأب لهنَّ ولايةُ التزويجِ عندَ عدمِ العصباتِ بإجماعٍ بينَ

---

(١) انظر: «الهداية» (١/ ١٩٤).

(٢) انظر: «المحيط البرهاني» (٣/ ٤٢).

(٣) تقدم قريباً.

(٤) انظر: «المحيط البرهاني» (٣/ ٤٣).

أصحابنا؛ وهي: الأختُ، والعمَّةُ، وبنتُ الأخِ، وبنتُ العمِّ، ثم قال: وما ذكره مستقيمٌ في الأختِ لا في العمَّةِ وبنتِ الأخِ وبنتِ العمِّ؛ لأنَّهنَّ من جملةِ ذوي الأرحامِ، وولايتُهنَّ مختلَفٌ فيها.

قال: (**ومَن لَا وَلِيَّ لها إِذَا زوَّجها موَلَاهَا الَّذي أعتقهَا: جَازَ**) لأنَّه آخِرُ العصباتِ.

(ط)[1]: ثم عصَبةُ مولى العتاقةِ، ثم الأمُّ، ثم ذوو الأرحام الأقربُ فالأقربُ، ثمَّ مولى الموالاة، ثمَّ السلطانُ، ثمَّ القاضي ونُوابه إذا شرَطَ في عهْدِه تزويجَ الصغارِ والصغائر، وإلا: فلا، وإذا زالَ الصِّغَرُ والجنونُ تزولُ الولايةُ عندنا.

قال: (**وإِذَا غَابَ الوَلِيُّ الأَقْرَبُ غَيْبَةً مُنقَطِعَةً: جَازَ لِمَنْ هُوَ أَبعَدُ مِنهُ أَنْ يُزوِّجَ**) وقال زُفرُ: لا يجوزُ إلا للأقربِ؛ لبقاءِ ولايتِه صِيانةً لقَرابتِه، ولهذا لو زوَّجَه من حيثُ هو يجوزُ، وقال الشَّافعيُّ[2]: تنتقِلُ الولايةُ إلى السلطانِ نيابةً عنه لعَجزِه، ولنا أنَّها ولايةٌ نظرِيَّةٌ، والنَّظرُ في التفويضِ إلى مَن يُنتفَعُ برأيِه، والأبعدُ أَولى؛ لأنَّه مقدَّمٌ على السُّلطانِ في فصلِ الموتِ والجنونِ.

(هـ)[3]: وتزويجُ الأقربِ من حيثُ هو ممنوعٌ. (ط)[4]: فيه اختلافُ المشايخِ، ولئن سُلِّمَ فقد نزَلا منزِلةَ وَلِيَّين؛ لأنَّ للأقربِ قُربَ القَرابةِ، وللأبعَدِ قُربَ التَّدبيرِ، فاستوَيا.

قال: (**والغَيبَةُ المُنقَطعَةُ أَنْ يَكُونَ فِي بلَدٍ لَا تَصِلُ إِلَيهِ القَوَافِلُ فِي السَّنةِ إِلَّا مرَّةً**).

---

(١) انظر: «المحيط البرهاني» (٣/ ٤١).

(٢) انظر: «الحاوي الكبير» (٩/ ١١٠).

(٣) انظر: «الهداية» (١/ ١٩٥).

(٤) انظر: «المحيط البرهاني» (٣/ ٤٣).

(ط)[1]: وفيه اختلافُ المشايخ والروايات، والأصحُّ أنَّه لو انتُظِرَ حضورُه أو استطلاعُ رأيِه، فات الكفءُ، وقدَّرَها أبو عِصمةَ المروَزيُّ وابنُ مقاتلٍ الرازيُّ بأدنى مدَّةِ السفرِ، وبه عليٌّ السُّغْدِيُّ[2]، هذا إذا عُرِفَ[3] مكانُه، وإن لم يُعرفْ فزوَّجَها، ثمَّ ظهَرَ أنَّه كانَ في ذلك المصرِ: يجوزُ.

(م): عن محمدٍ: إذا لم يكنْ لها وليٌّ حاضرٌ، استُحسِنَ أن توَلِّيَ[4] رجلاً فيُزوِّجُها، وهكذا عن ابنِ عمرَ[5]، ولا ولايةَ للوصيِّ وإن أوصَى إليه الأبُ بالنِّكاحِ.

وَالْكَفَاءَةُ فِي النِّكَاحِ مُعْتَبَرَةٌ، فَإِذَا تَزَوَّجَت الْمَرْأَةُ مِنْ غَيْرِ كُفْءٍ: فَلِلْأَوْلِيَاءِ أَنْ يُفَرِّقُوا بَيْنَهُمَا وَالْكَفَاءَةُ تُعتبَرُ فِي النَّسَبِ، وَالدِّينِ، وَالْمَالِ، وهُوَ أَنْ يَكُونَ مَالِكًا لِلْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ وَتُعْتَبَرُ فِي الصَّنَائِعِ.

قال: (والكَفَاءةُ فِي النِّكاحِ مُعتَبَرةٌ) قال عليه السلام: «ألَا لا يزوِّجُ النساءَ إلا الأولياءُ، ولا يُزوَّجْنَ إلا من الأكْفَاءِ»[6] ولأنَّ المصالحَ إنما تنتظِمُ بين المتكافئَين عادةً؛ لأنَّ

---

(١) انظر: «المحيط البرهاني» (٣/ ٤٢).

(٢) في «سلم الوصول إلى طبقات الفحول» (٢/ ٣٦١): هو: الإمام شيخ الإسلام أبو الحسين علي بن الحسين بن محمد السُّغدي الحنفي القاضي، توفي ببخارى سنة (٤٦١هـ). قال السمعاني: سكن بخارى، وروى عنه شمس الأئمة السّرخسي «السِّير الكبير» ثم شرحه. ومن تصانيفه: «النتف». وكان إمامًا، فاضلاً، فقيهاً، مناظراً. وسُغْد: بضم السِّين المهملة وسكون الغين المعجمة، من نواحي سمرقند.

(٣) في (ج): «علم».

(٤) في (ف) و(ج): «توالي».

(٥) روى عبد الرزاق في «مصنفه» (١٠٤٩٨) عن الثوري قال: سئل ابن عمر، عن امرأة لها جارية، أتزوجها؟ قال: «لا، ولكن لتأمر وليها فليزوجها».

(٦) رواه أبو يعلى في «مسنده» (٢٠٩٤)، والطبراني في «المعجم الأوسط» (٣)، والدارقطني في «السنن» (٣٦٠١)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٣٧٦٠) من حديث جابر رضي الله عنه.

الشَّريفةَ تأبي أن تكونَ مستفرَشةً للخَسيسِ، بخلافِ جانبِها؛ لأنَّ الزوجَ مستفرِشٌ، فلا يُغيظُه دناءةُ الفِراشِ.

قال: (**فإِذَا تَزوَّجَتِ المَرأَةُ مِنْ غَيرِ كُفْءٍ: فَللأَولِيَاءِ أَنْ يُفرِّقُوا بَينَهُما**) دفعاً لضَررِ العارِ عن أنفسِهِم.

قال: (**والكَفَاءةُ تُعتَبَرُ فِي النَّسَبِ والدِّينِ والمَالِ، وهُو أَن يَكُون مَالِكًا لِلمَهرِ والنَّفَقَةِ وتُعتَبَر فِي الصَّنائعِ**) لأنَّها ممَّا يفتخَرُ بها ويعتبَرُ بفَوتِها.

(**شط ط**)[١]: الكفاءة في النِّكاحِ تعتبَرُ من سبعةِ أوجه:

أحدُها: النسبُ، والناسُ فيه على ثلاثِ طبقاتٍ: قريشٌ وعربٌ ومَوالٍ، فـ«قريشٌ بعضُهم أكفَاءٌ لبعضٍ بطنٌ ببطنٍ، والعربُ بعضُهم أكفَاءٌ لبعضٍ، قبيلةٌ بقبيلةٍ، والموالي بعضُهم أكفَاءٌ لبعضٍ رجلٌ برجلٍ»[٢] وهذا لفظُ الحديثِ، فالعَجميُّ لا يكونُ كفئاً للعربيِّ، والعربيُّ لا يكونُ كفئاً لقرشيٍّ، وقال مالكٌ[٣] والثوريُّ وجماعةٌ: هم أكفاءٌ؛ لقوله عليه السلام: «لا فضلَ لعربيٍّ على عجميٍّ»[٤]، ولنا ما روَينا، ومعتَقةُ الشريفِ لا يُكافئُها معتَقةُ الوَضيعِ.

قال البيهقي: هذا حديث ضعيف بمرة. انظر: «نصب الراية» (٣/ ١٩٦).

(١) انظر: «المحيط البرهاني» (٣/ ٢١).

(٢) رواه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٣٧٦٩) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، ولفظه قال: قال رسول الله ﷺ: «العرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل، والموالي بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل، إلا حائك أو حجام». وضعفه البيهقي. انظر: «نصب الراية» (٣/ ١٩٧).

(٣) انظر: «المدونة» (٢/ ١٠٧).

(٤) رواه أحمد في «مسنده» (٢٣٤٨٩)، وأبو نعيم في «معرفة الصحابة» (٧٣٠٠) من حديث أبي نضرة، قال: حدثني من سمع خطبة رسول الله ﷺ في وسط أيام التشريق، فذكره فيه.

قال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٣/ ٢٦٦): رواه أحمد، رجاله رجال الصحيح.

(شس): الحسيبُ كفءٌ للنسيبةِ حتى أن الفقيهَ كفءٌ للعلَويِّ؛ لأنَّ شرفَ العلمِ فوقَ شرفِ النسَبِ، ولا يعتبرُ التفاضلُ فيما بين قريشٍ؛ لأنَّه عليه السلامُ زوَّجَ بنتَه من عثمانَ رضي الله عنه ولم يكن هاشميًّا[١]، وعن محمدٍ رحمه الله: إلا أن يكونَ نسباً مشهوراً كأهل بيتِ الخلافةِ، كأنَّه قاله تعظيماً للخلافةِ وتسكيناً للفتنةِ، وبنو باهِلةَ ليسوا بأكفْاءٍ لعامَّة العربِ؛ لشُهرةِ خَساستِهم.

وأما الموالي فمَن كانَ له أبوان في الإسلامِ فهو كفْءٌ لمَنْ له أب فيه، ومَن أسلَمَ بنفسِه أو له أبٌ واحدٌ لا يكونُ كُفئاً لمَنْ له أبوان فيه؛ لأنَّ تمامَ النسبِ بالأب والجدِّ، وأبو يوسُفَ ألحقَ الواحدَ بالمثنَّى، ومَن أسلم بنفسِه لا يكونُ كُفئاً لمن له أبٌ واحدٌ فيه.

وثانيها: الحريةُ، وهي في جميع ما ذكَرْنا نظيرُ الإسلام، والمعتَقُ لا يكافئُ المهاجِرةَ.

وثالثُها: المال، وهو أن يكونَ مالكاً للمهرِ والنفَقةِ في ظاهر الروايةِ، حتى أنَّ مَن لا يملِكُ أحدَهما لا يكونُ كُفئاً؛ لأنَّ المهرَ بدلُ البُضعِ، وبالنفقةِ يقومُ الازدواج، والصحيحُ أنَّ المرادَ بالمهرِ قدْرُ ما تعارفوا تعجيلَه؛ لأنَّ ما وراءَه مؤجَّلٌ عُرفاً.

قلتُ: في عُرفِ أهلِ خوارِزمَ كلُّه مؤجَّلٌ، فلا يعتبرُ القدرةُ عليه، وعن أبي يوسُفَ أنَّه يعتبرُ القدرةَ على النَّفقةِ دونَ المهرِ، وهو روايةٌ عنهما أيضاً.

(جش): المعتبَرُ نفقةُ سنةٍ، وقيل: نفقةُ شهرٍ.

(ث): الصَّحيحُ أنَّه إذا كانَ قادراً على النَّفقةِ على طريقِ الكسْبِ كان كُفئاً.

(ط م)[٢]: هذا إذا صلحَتْ للجِمَاعِ، وإلَّا: لا تُعتبرُ القدرةُ على النَّفقةِ، كالصَّغيرةِ جدًّا، والصَّبي كفْءٌ بغِناءِ أبيه، وهو الأصحُّ.

---

(١) وإنما كان رضي الله عنه قرشيًّا أمويًّا.

(٢) انظر: «المحيط البرهاني» (٣/ ٢٢).

(س): له ألفُ درهمٍ وعليه دَينٌ ألفُ درهمٍ، وتزوج امرأةً بألفٍ، فهو كفْءٌ لها.

ورابعُها: الكفاءةُ في الغناءِ، فمعتبَرةٌ في قولِ أبي حنيفَةَ ومحمَّدٍ، حتى أنَّ الفائقةَ في اليسارِ لا يكافئُها القادرُ على المهرِ والنفقةِ؛ لأنَّهم يتفاخَرونَ بالغناءِ، ويتعيَّرون بالفقرِ، خلافاً لأبي يوسُفَ، ولا يكافئُ الغنيَّةَ مَن كانَ غنيًّا بغِنى أبيهِ خلافاً لهما.

وخامسُها: الدِّيانةُ: هو الصَّحيحُ من مذهبِ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ؛ لأنَّها مِن أعلى المفَاخرِ، والمرأةُ تعيَّرُ بفسْقِ الزوجِ فوقَ ما تُعيَّرُ بِضَعةِ نسَبِه، وعَن أبي يوسُفَ: إن كانَ الفاسِقُ معلِناً لا يتغيَّرُ وجهُه بذكرِ قبَائحِه فليسَ بكُفءٍ، وإن كان ساتراً فهو كفءٌ.

(ط س)[1]: الأصحُّ أنَّ عندَ أبي حنيفَةَ يَعتبَرُ في التَّقوَى والحسَبِ، وعَن أبِي يوسُفَ في الحسَبِ دونَ التَّقوَى، والحسَبُ: مكارمُ الأخلاقِ وقال محمَّدٌ: لا يعتبَرُ؛ لأنَّه من أمورِ الآخرةِ، إلا إذا كان يُصفَعُ ويُسخَرُ منه، أو يخرجُ إلى السوقِ سكرانَ يلعبُ به الصِّبيان؛ لأنَّه مستخَفٌّ به.

وسادسُها: الحِرَفُ والصنائعُ، وهذا عندَهما وإحدى الرِّوايتَين عن أبي حنيفَةَ؛ لأنَّهم يتفاخرُونَ بشرفِ الحِرَفِ ويتعيَّرونَ بدنائها، وقال أبو حنيفَةَ: يمكِنُه تركُها، وقالا: لكن يبقَى عارُها، وعن أبي يوسُفَ وأظهرُ الروايتَين عن محمَّدٍ: لا يعتبَرُ إلا أنْ يفحُشَ كالحجَّامِ والحائكِ والدَّبَّاغِ والكنَّاسِ والأتُّوني[2]: لا يكافئُ العطَّارَ والبزَّاز والصرَّافَ، وقيل: هو اختلافُ عصرٍ وزمانٍ.

(ط عس)[3]: هنا جنسٌ خامسٌ أخسُّ من الكلِّ؛ وهو الذي يخدِمُ الظلَمة

---

(١) انظر: «المحيط» (٣/ ٢٣).

(٢) الأتون: موقد النار، والأتوني: هو الموقد لها. «المغرب في ترتيب المعرب» (ص: ١٨).

(٣) انظر: «المحيط البرهاني» (٣/ ٢٤).

يدعى شاكريًّا[١] وتابعاً، وإن كانَ صاحبَ مروءةٍ ومالٍ فظلمُه خسَاسةٌ بعد هذا.

(شح): ولمَّا صارتِ الحِرَفُ قسمَين، فإفرادُ كلِّ واحدٍ منهما أكْفاءٌ، وبه يُفتى.

وسابعُها: الإسلامُ في آباءِ الموالي، على ما مرَّ.

(شط): ولا روايةَ في اعتبار العقلِ للكفاءةِ، فقيل: يعتبَرُ؛ لأنَّه يفوِّتُ مقاصدَ[٢] النِّكاح، وقيل: لا؛ لأنَّه مرضٌ[٣]، ولا ينبغِي للحنفيِّ أن يزوِّجَ بنتَه من شافعيٍّ[٤]، وقيل: يجوزُ التزوُّجُ منهم لا التزويجُ، وعن الفضليِّ: مَن قال: أنا مؤمنٌ إن شاء الله يكفُرُ؛ لأنَّ الاستثناءَ يرفَعُ ما سلَفَ، فيبقَى بلا إيمانٍ، فلا يجوزُ التناكُحُ بينهَما.

وإِذَا تَزَوَّجَتْ المَرْأَةُ، وَنَقَصَتْ مِنْ مَهْرِهَا: فَلِلْأَوْلِيَاءِ الِاعْتِرَاضِ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، حَتَّى يُتِمَّ لَهَا مَهْرَ مِثْلِهَا، أَوْ يُفَارِقَهَا، وَإِذَا زَوَّجَ الْأَبُ بِنْتَهُ الصَّغِيرَةَ، ونَقَصَ مِن مَهرِ مثلِهَا، أَوْ ابْنَهُ الصَّغِيرَ، وَزَادَ فِي مَهْرِ امْرَأَتِهِ: جَازَ ذَلِكَ عَلَيْهِمَا، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ لِغَيْرِ الْأَبِ وَالْجَدِّ.

قال: (**وإِذَا تَزَوَّجَت المَرأَةُ ونَقَصت مِن مَهرِها: فَللأَولِيَاءِ الاعتِرَاضِ عَلَيهَا عِندَ أَبِي حَنيفَةَ حتَّى يُتمَّ لَهَا مَهرَ مِثلِهَا أَو يُفارِقَهَا**) خلافاً لأبي يوسُفَ، وعندَ محمَّدٍ: لا يُتصَوَّرُ لانتفاءِ جَوازِه بدونِ الوليِّ إلَّا في قولِهِ الآخَر.

(شظ): إذا أذنَ المولى في النِّكاحِ ولم يسمِّ المهرَ، وقيل: أكرهَ الوليُّ والموليةُ في النِّكاحِ بمهرٍ ناقصٍ، ثم رضيَت المولِّيةُ دونَ الوليِّ، فله الاعتراضُ عنده، لهما:

---

(١) أي: المستخدم والأجير.

(٢) في (ص) و(ش): «مقصود».

(٣) في (ص) و(ف): «ضرر».

(٤) في (ش) و(ف): «شفعوي».

أنَّ المهرَ حقُّها، فلها إسقاطُ ما وراء العشرةِ بغيرِ اعتراضٍ، ولأبي حنيفةَ: أنَّ أولياءَها يفتَخِرونَ بغَلاءِ المهرِ ويتعيَّرونَ بنقصَانه، فأشبَه الكفاءةَ، بخلافِ الإبراءِ بعدَ التَّسميةِ؛ لعدمِ التعيُّرِ به.

قال: (**وإِذَا زَوَّج الأَبُ بنتَه الصَّغِيرَةَ، ونَقَصَ مِن مَهرِ مثلِهَا، أَو ابنَهُ الصَّغيرَ، وزَادَ فِي مَهرِ امرَأَتِه: جَازَ ذَلِكَ عليهِمَا، ولَا يَجُوزُ ذَلِكَ لِغَيرِ الأَبِ والجَدِّ**) وكذلكَ التزوُّجُ من غيرِ كفءٍ، وقالا: لا يجوزُ من غيرِ كفءٍ ولا بمهرٍ لا يُتَغابنُ في مثلِه، وقيل: فسدَتِ التَّسميةُ في فصلِ الغَبنِ الفاحشِ عندهما، والصَّحيحُ أنَّه باطلٌ كتزويجِ سائرِ الأولياءِ والتصرُّفِ في المالِ، وله أنَّ الأبَ والجدَّ لقوَّةِ ولايتِهما ووفورِ شفقَتِهما لا يتحمَّلانِ الغَبنَ في حقِّ أحبِّ الناس إليهما إلا للتوسُّلِ به إلى مصالحِ النِّكاح ودفعِ مفاسدِ السِّفاح، حتى لو عُرفَ سوءُ اختيارِ الأبِ مَجانةً أو فسقاً لا يصِحُّ عقدُه بالإجماعِ، بخلافِ سائرِ الأولياءِ؛ لقصُورِ شفقتِهم وضَعفِ ولايتِهم، وبخلافِ المالِ؛ لأنَّ الغرضَ منه ليس إلَّا الماليَّة.

(**شط**): وعنه: يجوزُ بيعُ الأبِ مالَ ابنه الصغيرِ بغَبنٍ فاحشٍ.

(**فج**): وعلى هذا الخلافِ الوكيلُ بالنِّكاحِ من جانبِ الرجلِ أو المرأةِ إذا زادَ أو نقَصَ نقصاناً فاحشاً، أو زوَّجَ الأبُ ابنَه الصغيرَ أمةً، أو بنتَه الصغيرةَ عبداً، وأجمعوا أنَّ غيرَ الأبِ والجدِّ لو زوَّجَ الصغيرةَ من غير كفءٍ: لم يجُزْ، حتى لو بلغَتْ فأجازَتْ: لم ينفُذْ، ولو أمَرَه أن يزوِّجَه فلانةَ بكذا، فزوَّجَه بأزيدَ منه، فللآمرِ الإجازةُ أو الردُّ، فإن دخَلَ بها قبلَ أن يعلمَ ثم علِمَ، فإن شاءَ أقامَ معها بالمسمَّى، وإن شاءَ فارَقَها ولها الأقلُّ من المسمَّى ومن مهرَ المثلِ كالنِّكاحِ الفاسدِ.

ويَصِحُّ النِّكاحُ إذَا سَمَّى فِيهِ مَهْرًا، وَيَصِحُّ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ فِيهِ مَهْرًا، وَأَقَلُّ المَهْرِ عَشْرَةُ دَرَاهِمَ، ومَنْ سَمَّى مَهراً عَشرَةً فَمَا زَادَ: فَعَليهِ المُسَمَّى إنْ دَخَلَ بِهَا، أَوْ مَاتَ عَنْهَا، فَإِنْ سَمَّى أَقَلَّ مِنْ عَشْرَةٍ: فَلَهَا عَشْرَةٌ، وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ والخَلْوَةِ: فَلَهَا نِصْفُ المُسَمَّى، وَإِنْ تَزَوَّجَهَا وَلَمْ يُسَمِّ لَهَا مَهْرًا، أَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَنْ لَا مَهْرَ لَهَا: فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا إِنْ دَخَلَ بِهَا، أَوْ مَاتَ عَنْهَا، فَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ: فَلَهَا المُتْعَةُ ثَلَاثَةُ أَثْوَابٍ مِنْ كِسْوَةِ مِثْلِهَا.

وَإِنْ تَزَوَّجَ المُسْلِمُ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ: فالنِّكَاحُ جَائِزٌ، وَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا، وَإِنْ تَزَوَّجَهَا، وَلَمْ يُسَمِّ لَهَا مَهْرًا، ثُمَّ تَرَاضَيَا عَلَى تَسْمِيَةِ مَهْرٍ: فَهُوَ لَهَا إِنْ دَخَلَ بِهَا، أَوْ مَاتَ عَنْهَا وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ والخَلوَةِ: فَلَهَا المُتْعَةُ، وَإِنْ زَادَهَا فِي المَهْرِ بَعْدَ العَقْدِ: لَزِمَتْهُ الزِّيَادَةُ، وَتَسْقُطُ بالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُول، وإِنْ حَطَّتْ عَنْهُ مِنْ مَهْرِهَا: صَحَّ الحَطُّ.

قال: (**ويَصِحُّ النِّكاحُ إذَا سمَّى فِيهِ مَهرًا، ويَصِحُّ وإنْ لَم يُسمِّ فِيهِ مَهرًا**) لقوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦] أوجبَ المتعةَ للتي لم يفرَضْ لها المهرُ، فدلَّ على صحَّةِ النِّكاحِ بدونِ ذكرِ المهرِ، ولأنَّه عقدُ ازدواجٍ، فيتِمُّ بالزوجَين، ثم المهرُ يجبُ شرعاً إبانةً لشرفِ المحلِّ وإظهاراً لخطرِه.

قال: (**وأقَلُّ المَهرِ عَشرَةُ دَرَاهِم**) وقال الشافعيُّ[١]: ما جازَ أن يكونَ ثمناً في البيعِ؛ لأنَّه حقُّها، فالتقديرُ إليها، ولنا قولُه عليه السلام: «ألَا لا يزوِّجُ النساءَ إلا الأولياءُ، ولا يزوَّجْنَ إلا من الأكْفاءِ، ولا مهرَ أقلُّ من عشَرةِ دراهم»[٢] ولأنَّ المهرَ حقُّ الشرعِ وجوباً إظهاراً لخطرِ المحلِّ، فتقدَّرَ بما له خطرٌ، وهو العشَرةُ اعتباراً بنصابِ السَّرقةِ عندنا.

---

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (٩/ ٣٩٧).

(٢) تقدم قريباً.

قال: (ومَنْ سَمَّى مَهراً عَشرَةً[1] فَمَا زَادَ: فَعَليهِ المُسمَّى إنْ دَخَل بِهَا أَو مَاتَ عَنهَا[2]) لأنَّ بالدُّخولِ تسلَّمَ المبدَلَ، فيتأكَّدُ به البدلُ، وبالموتِ ينتهي النِّكاحُ، والشيءُ بانتهائِهِ يتقرَّرُ، فيتقرَّرُ مواجبُه، ولهذا تجبُ العِدَّة.

قال: (فَإنْ سَمَّى أَقَلَّ مِنْ عَشرَةٍ: فَلَهَا عَشْرَةٌ) وقال زُفرُ: لها مهرُ المثلِ؛ لأنَّ تسميةَ ما لا يصلُحُ مهراً كعدمِها، ولنا أنَّ رضَاها بالخمسةِ رضًى بالعشَرةِ، فيُتمُّ لها العشَرةَ لحقِّ الشرعِ، بخلافِ ما إذا لم يسمِّ؛ لأنَّ الراضيَ به مجاناً لا يكونُ راضياً بالقليلِ؛ لأنَّ الأولَ مروءةٌ والثانيَ خسَاسةٌ.

قال: (وَإنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ والخَلْوَةِ: فَلَهَا نِصْفُ المُسَمَّى) لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] والأقيِسةُ فيه متعارِضةٌ؛ لأنَّه إن عادَ إليها المعقودُ عليه سالماً بعدُ، فقد فوَّتَ الزوجُ المِلكَ عليه باختيارِه، فوجبَ المصيرُ إلى النصِّ، وشُرطَ أن يكونَ قبل الخلوةِ؛ لأنَّها بمنزلةِ الدُّخولِ على ما نبيِّنُه إنْ شاءَ اللهُ تعالى.

قال: (وإنْ تَزوَّجَها ولَم يُسمِّ لَها مَهرًا، أَو تزوَّجَها عَلى أَنْ لَا مَهرَ لَهَا: فَلَها مَهرُ مِثلِهَا إنْ دَخَلَ بِهَا، أَو مَاتَ عَنهَا) وقال الشافعيُّ[3]: لا يجبُ شيءٌ في الموتِ، وأكثرُهم على أنَّه يجبُ في الدخولِ، له أن المهرَ خالصُ حقِّها، فتقدِرُ على انتفائِهِ ابتداءً، كما يقدِرُ على إسقاطِهِ انتهاءً، ولنا حديثُ ابنِ مسعودٍ: أنه سُئلَ عن امرأةٍ ماتَ زوجُها قبلَ الدخولِ، ولم يكُنْ سمَّى لها شيئاً، فقال: أقولُ برأيي، فإنْ كانَ صواباً فمِنَ الله، وإن كانَ خطأً فمنِّي، لها صَداقُ مثلِها، وعليها العِدَّةُ، ولها الميراثُ، فقام معقِلُ بنُ يسارٍ فقال:

---

(١) في (ج) زيادة: «دراهم».

(٢) في (م) و(ف) زيادة: «زوجها».

(٣) انظر: «الحاوي الكبير» (٩/ ٤٧٩).

قضى رسولُ الله ﷺ في بِروَعَ بنتِ واشِقٍ الأشجَعيَّةِ بمثلِ ما قضَيتَ، ففرحَ به[١]، ولأنَّ المهرَ حقُّ الشرعِ وجوباً كما مرَّ، وإنما يصيرُ حقَّها في البقاءِ، فتملِكُ الإبراءَ لا النفيَ.

قال: (**فإنْ طلَّقَها قبْلَ الدُّخُولِ: فَلَها المُتعَةُ؛ ثَلاثَةُ أثوابٍ مِن كِسْوَةِ مِثلِهَا**) لقوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٦] ثم المتعةُ فيها واجبةٌ للأمرِ، خلافاً لمالكٍ[٢]، وهي ثلاثةُ أثوابٍ: دِرعٌ وخِمارٌ ومِلحَفةٌ، هكذا رويَ عن عائشةَ وابنِ عباسٍ[٣]، لكن لا يُزادُ على نصفِ مهرِ مثلِها، ولا يُنقصُ عن خمسة دراهمَ، وقوله: «مِن كسوةِ مثلِهَا» إشارةٌ إلى أنَّه يعتبَرُ بحالِها، وبه الكَرْخيُّ في المتعة الواجبةِ؛ لقيامِها مَقامَ مهرِ المثلِ، وعند الخصَّاف: يُعتبرُ بحالِهما، وعند الرازيِّ: يُعتبرُ بحالِه، وهو الأصحُّ لصريحِ النصِّ.

(**شط**): يعتبَرُ بحالها عندَ الكرْخيِّ، فإن كانت سَفِلةً فمِن الكِرْباسِ، وإن كانت وسَطاً فمِن القزِّ، وإن كانت مرتفِعةً فمن الإبرَيسَم، وكذا في النَّفقةِ والكِسْوةِ.

قلتُ: قولُه: «فإن طلَّقَها قبلَ الدُّخولِ بها فلهَا المتعَةُ» ولم يذكُرِ الخلوةَ مع أنَّها شرطٌ لِما أنَّ اسمَ المدخولِ يشمَلُهما؛ لأنَّها دخولٌ حُكماً.

قال: (**وإنْ تزَوَّجَ المُسلِمُ عَلى خَمرٍ أَو خِنْزِيرٍ: فالنِّكاحُ جَائزٌ، ولَها مَهرُ مِثلِهَا**) وقال مالكٌ[٤]: لا يجوزُ كالبيعِ، ولنا أنَّه لو سكَتَ عن المهرِ: يصِحُّ، فكذا إذا فسدَتِ التسميةُ، وإذا فسدت: يجِبُ مهرُ مثلِها لِما مرَّ.

---

(١) رواه أبو داود (٢١١٤)، والترمذي (١١٤٥)، والنسائي (٣٥٢٤)، وابن ماجه (١٨٩١)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٢) انظر: «المدونة» (٢/ ٢٣٩).

(٣) رواه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٤٤٠٥) عن ابن عباس رضي الله عنهما.
وقال ابن حجر في «الدراية» (٢/ ٦٣): وأما حديث عائشة فلم أجده.

(٤) انظر: «المعونة» (ص: ٧٥١).

قال: (**وإن تزوَّجها ولم يُسمِّ لها مهرًا ثُمَّ تراضيا على تَسْمِيَةِ مَهْرٍ: فَهُوَ لَهَا إنْ دَخَلَ بِهَا أو مَاتَ عَنهَا، وإنْ طَلَّقَها قَبْلَ الدُّخُولِ والخَلْوَةِ: فَلَها المُتعَةُ**) وقال أبو يوسُف أولاً: لها نصفُ المفروضِ، وبه قال الشافعيُّ[١]؛ لأنَّه مفروضٌ، فينتصِفُ بالنصِّ، ولنا أنَّ هذا الفرضَ تعيينٌ لِما وجبَ بالعقدِ؛ وهو مهرُ المثلِ، وأنَّه لا يتنصَّفُ، فكذا ما نزَلَ منزلتَه، والمرادُ بالفرضِ في النصِّ ما فُرِضَ عند العقدِ؛ لأنَّه المتعارَفُ، وكذا إذا فرَضَه القاضي.

قال: (**وإنْ زادَها في المَهرِ بَعدَ العَقدِ: لَزِمَتهُ الزِّيادةُ**[٢]، **وتسقُطُ بالطَّلاقِ قَبلَ الدُّخُولِ**)[٣] وقال زُفرُ: لا يلزَمُه شيءٌ، وهذه المسألةُ مسألةُ[٤] الزيادةِ في الثمنِ والمثمَّنِ، وقد مرَّت، وإذا صحَّتِ الزيادةُ تسقطُ بالطلاقِ قبلَ الدخولِ خلافاً لأبي يوسُفَ على ما مرَّ.

(**شط**): ولو تزوَّجها على ألفٍ ثمَّ على ألفينِ: لا يثبتُ المهرُ الثَّاني خلافاً لأبي يوسُفَ كالزيادةِ، ولهما: أنهما قصدا إثباتَ الزيادة في ضمنِ العقدِ، ولم يثبُتِ العقدُ، فكذا الزيادةُ.

(**شب**): الخلافُ على العكسِ، وفي «عصام»: المهرُ ألفان.

(**شح**): جدَّدَ النِّكاحَ على ألفٍ آخَرَى: ثبتتْ التسميتانِ عندَ أبي حنيفةَ، وعندهما: لا تثبتُ الثانيةُ، وكذا لو راجَعَ المطلَّقةَ بألفٍ، وقيل: لو قالت: لا أرضَى بالمهرِ الأولِ أو أبرأتُه، ثم قالت: لا أقيمُ معك بدونِ المهرِ، أو تزوَّجها لشُبهةٍ: يجِبُ الثاني، وإلا: فلا،

---

(١) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (٩/ ٤٧٢).

(٢) في هامش (ص): (لزمته الزيادة لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ﴾).

(٣) في (ص) زيادة: «لأن الزيادة لم تسم في العقد فلا يتبعض بالطلاق كمهر المثل».

(٤) في (ج): «وهي مسألة».

وقيل: لو وهبَتْ مهرَها ثم جدَّدَ المهرَ لا يجِبُ الثاني بالاتفاقِ، وقيل: على الاختلافِ.

قال: (**وإنْ حطَّتْ عَنهُ مِن مَهرِهَا: صَحَّ الحَطُّ**) لأنَّ المهرَ بقيَ حقُّها، فتملِكُ إسقاطَه والحطَّ منه.

وَإِذَا خَلَا الرَّجلُ بِامْرَأَتِهِ، وَلَيْسَ هُنَاكَ مَانِعٌ مِن الْوَطْءِ، ثُمَّ طَلَّقَهَا: فَلَهَا كَمَالُ مَهرِها، فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مَرِيضًا، أَوْ صَائِمًا فِي رَمَضَانَ، أَوْ مُحْرِمًا بِحَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ، أَوْ كَانَتْ حَائِضًا: فَلَيْسَتْ بِخَلْوَةٍ صَحِيحَةٍ وَإِذَا خَلَا الْمَجْبُوبُ بِامْرَأَتِهِ: فَلَهَا كَمَالُ الْمَهْرِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وقالا: عليهِ نصْفُ المَهرِ.

قال: (**وإذَا خَلَا الرَّجلُ بِامرأَتِه ولَيسَ هُناكَ مَانِعٌ مِن الوَطءِ، ثُمَّ طلَّقَها: فَلَها كَمالُ مَهرِها**) وقال الشافعيُّ[1]: لها نصفُ المهرِ؛ لأنَّ المعقودَ عليه إنما يصيرُ مستوفًى بالوطءِ، فلا يتأكَّدُ المهرُ دونَه، ولنا أنَّها سلَّمَت المبدَلَ برَفعِ الموانعِ، وذلك وُسعُها، فيتأكَّدُ حقُّها في البدلِ كالتخليةِ في البيعِ والإجارةِ.

(**شط**): الخلوةُ الصَّحيحةُ أن يخلوَ بها في مكانٍ يأمَنان[2] اطِّلاعَ الغيرِ عليهما، كدارٍ وبيتٍ دونَ الصحراءِ والطريقِ الأعظمِ والسطحِ الذي ليس على جوانبِه سترٌ، أو كان رقيقاً أو قصيراً بحيثُ لو قام إنسانٌ يطَّلعُ عليهما، وأن لا يكونَ بينهما مانعٌ من الوطءِ حسًّا ولا طَبعاً ولا شرعاً.

قال: (**فإنْ كانَ أَحدُهُمَا مَرِيضًا، أَو صَائِمًا فِي رَمَضَان، أَو مُحرِمًا بحَجٍّ أَو عُمرةٍ، أَو كَانَتْ حَائِضًا: فَليسَتْ بِخَلوةٍ صَحِيحَةٍ**) حتى لو طلَّقَها يجبُ نصفُ المهرِ؛ لأنَّ هذه المعانيَ موانعُ من الوطءِ، أمَّا المرضُ فمُرادُه ما يمنعُ الجماعَ أو يلحَقُه به ضررٌ، وقيل:

---

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (٩/ ٥٣٩).

(٢) في (ص) و(ج): «يأتمنان».

مرضُه مانعٌ مطلَقاً؛ لأنَّه لا يَعرى عن تكسُّرٍ وفُتورٍ، وصومُ رمَضانَ لِما يلزَمُه من القضاءِ والكفَّارةِ والإحرام؛ لِما يلزَمُه من الدمِ والقضاءِ، والحيضُ مانعٌ شرعاً وطبعاً، فإذا كان أحدُهما صائماً تطوُّعاً: فلها كلُّ المهرِ؛ لأنَّه مباحٌ له الإفطارُ من غيرِ عذرٍ في رواية.

(م): وهذا هو الأصحُّ في المهرِ، وصومُ القضاء والمنذورِ كالتطوُّعِ في روايةٍ؛ لأنَّه لا كفَّارةَ فيه، والصَّلاةُ كالصَّومِ فرضُها كفرضِه ونفلُها كنفلِه.

(شط): ثمَّ الخلوةُ[1] قائمةٌ مَقامَ الدُّخولِ في: تأكيدِ المهرِ، ووجوبِ العِدَّة، وثبوتِ النسَبِ، ونفقةِ العِدَّةِ، والسُّكنى، والتزويجِ ـ فإنها تزوَّجُ كما تزوَّجُ الثيِّبُ ـ، وحرمةِ نكاحِ الأمِّ على قياس قولِ أبي حنيفةَ، ولا يُقامُ مَقامَ الدخول في: ثبوتِ الإحصانِ، والإحلالِ للزَّوجِ الأولِ، وثبوتِ الرَّجعةِ، والميراثِ، حتى لو أبانَها ثم ماتَ في عدَّتِها: لم ترِثْ، وفي وقوعِ الطَّلاقِ عليها في هذِه العِدَّةِ: اختلافٌ، وفي منعِ نفسِها للمَهرِ، ويحِلُّ نكاحُ بنتِها إذا أبانَها عندَ محمَّدٍ خلافاً لأبي يوسُفَ.

(م): الموتُ أُقيمَ مَقامَ الدُّخولِ في: حكمِ المهرِ والعِدَّة، وفيما سواهما كالعدمِ، وفي «شرح الناصِحيِّ»: فإن ماتَتِ الأمُّ قبلَ أن يدخُلَ بها فابنتُها له حلالٌ.

قال: (**وإذَا خَلَا المَجبُوبُ بامرَأتِه: فَلَها كَمالُ المَهرِ عِندَ أَبي حَنيفَةَ، وقالا: عليه نصْفُ المَهرِ**) لأنَّه أعجَزُ من المريضِ، بخلافِ العِنِّين؛ لأنَّ الحكمَ أُديرَ على سلامةِ الآلةِ، وله أنَّها أتتْ بتسليمِ المعقُودِ عليه في حقٍّ استُحقَّ عليها، ولأنَّ نِكاحَ المجبوبِ لمنافعِ المسَاسِ، وقد مكَّنَته منه، قالوا: والعِدَّةُ واجبةٌ في جميع هذه المسائل احتياطاً استحساناً لحقِّ الشرع والولدِ.

(قد ص): المانعُ إن كان شرعياً: تجبُ العِدَّةُ للتمكُّنِ حقيقةً، وإن كان حسِّيًّا كالمرض والصِّغَر: لا يجبُ لعدمِه.

---

(١) في (ف) زيادة: (الصحيحة).

(شط): والخلوةُ الصَّحيحةُ في النّكاحِ الفاسدِ: لا توجِبُ العِدَّةَ، وذكر الغياثيُّ: تكلَّمَ مشايخِنا في العِدَّةِ الواجبةِ بالخلوةِ الصَّحيحةِ أنَّها واجبةٌ ظاهراً أم على الحقيقةِ، فقيل: لو تزوَّجَتْ وهي متيقِّنةٌ بعدمِ الدخولِ حلَّ لها ديانةً لا قضاءً.

وَتُسْتَحَبُّ الْمُتْعَةُ لِكُلِّ مُطَلَّقَةٍ، إِلَّا لِمُطَلَّقَةٍ وَاحِدَةٍ: وَهِيَ الَّتِي طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ، وَلَمْ يُسَمِّ لَهَا مَهْرًا، وَإِذَا زَوَّجَ الرَّجُلُ بِنْتَهُ عَلَى أَنْ يُزَوِّجَهُ الرَّجلَ بِنْتَهُ أَوْ أُخْتَهُ، فيكُونُ أَحَدُ الْعَقْدَيْنِ عِوَضًا عَنِ الْآخَرِ: فَالْعَقْدَانِ جَائِزَانِ، وَلِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مَهْرُ مِثْلِهَا، وَإِنْ تَزَوَّجَ حُرٌّ امْرَأَةً عَلَى خِدْمَتِهِ سَنَةً، أَوْ عَلَى تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ: فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا، وقالَ محمَّدٌ: لهَا قِيمَةُ الخِدْمَةِ، وَإِنْ تَزَوَّجَ عَبْدٌ حُرَّةً بِإِذْنِ مَوْلَاهُ عَلَى خِدْمَتِهِ سَنَةً: جَازَ.

قال: (**وتُسْتَحَبُّ المُتعَةُ لكُلِّ مُطلَّقةٍ إلَّا لمُطلَّقةً وَاحدَةً: وهِي الَّتِي طَلَّقهَا قبلَ الدُّخُولِ ولَمْ يُسمِّ لَهَا مَهرًا**) وقال الشَّافعيُّ[1]: تجبُ لكلِّ مطلَّقةٍ بالنصِّ إلا التي طلَّقها قبلَ الدخولِ، وقد سمَّى لها مهراً؛ لأنَّ نصفَ المهرِ متعةٌ لها، ولنا: أنَّ المتعةَ خلَفٌ عن مهرِ المثلِ في المفوِّضَةِ؛ لأنَّه سقَطَ مهرُ المثلِ ووجبَتِ المتعةُ، والخلَفُ لا يجامِعُ مع الأصلِ، ولا شيئاً منه، فلا يجبُ المتعةُ مع وجوب شيءٍ من المهرِ، وأما النصُّ فقد ورد في المفوِّضة، قال تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦] فإنما أوجبَ المتعةَ عند عدمِ الفرضِ.

قلتُ: وقد وردَ الاستثناءُ في أكثرِ النُّسخِ: «في التي طلَّقَها قبلَ الدخولِ وقد سمَّى لها مهراً»، لكنَّه خلافُ المذكور في التفاسير والأصولِ والشروحِ، فإنه ذكَرَ في «الكشَّاف»[2] و«تفسير الحاكم» وغيرِهما: أنَّ المتعةَ مستحبَّةٌ للتي طلَّقها قبلَ الدخولِ وقد سمَّى لها

(١) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (٩/ ٤٧١).

(٢) في «الكشاف» (١/ ٢٨٥) قال: وعند أصحابنا لا تجب المتعة إلا لهذه ـ أي: المطلقة غير المدخول بها ولم يسم لها مهراً ـ وحدها وتستحب لسائر المطلقات ولا تجب.

مهراً، وذكر في «الأصل»[١] و«الإسبيجابيِّ» في موضِعَين و«زاد الفقهاء»[٢] وغيرُها: أَنَّه يستحَبُّ لها المتعةُ، فلا يصِحُّ استثناؤها من الاستحبابِ، بخلاف المفوِّضةِ لأَنَّها مستثناةٌ من الاستحبابِ بالوجوبِ، وقد بالَغَ شيخُ الإسلام ركنُ الأئمةِ الصبَّاغيُّ في شرحِه لهذا الكتاب في هذا المعنى، وأشار إلى أنَّه لم يظفرْ إلا بروايةِ الاستحباب لها، فإمَّا أن وقعَ هذا من جهة النُّساخِ دونَ المصنِّف، أو ظفرَ المصنِّفُ بروايةٍ لم يظفَرْ بها غيرُه: أَنَّها لا يستحَبُّ لها حتى استثناها، والظاهرُ هو الأولُ؛ لأنَّ المكتوبَ في النُّسخِ المتقَنة: «ولم يسمِّ لها مهراً»، ولِما صحَّحَه ركنُ الأئمة الصبَّاغيُّ في نسختِه هكذا كتب فوقَه وتحتَه وقدَّامَه: صح صح صح، وقد ذكرتُ هذه المسألةَ على هذا الوجهِ بعد الفتنةِ المستأصِلةِ رؤساءَ الإسلام وأعلامَ الأنام خالفَني أئمةُ زمانٍ مستظهِرين بفتاوى شيخِ الإسلام أستاذِنا ركنِ الأئمة الوانجانيِّ، وأستاذِنا منشئ النظر نجم الأئمةِ الحفصيِّ قدَّسَ الله أرواحَهما، فلمَّا كتبتُ إليهما المذكورَ في التفاسير والشروح استصوَبا ذلك واستحسَناه، واتَّفقا: أنَّ المستَثناةَ هي التي طلَّقَها قبلَ الدخولِ ولم يسمِّ لها مهراً[٣].

اللَّهمَّ وفِّقْنا للصَّوابِ في القَولِ والعملِ، وجنِّبنا عن الخطأِ فيهما والزَّللِ.

قال: (**وإذا زوَّجَ الرَّجُلُ بنتَهُ عَلى أَنْ يُزوِّجَه الرَّجلَ بنتَهُ أَو أُختَه، فيَكُونُ أَحدُ العَقْدَينِ عِوَضًا عَنِ الآخَرِ: فالعَقدَانِ جَائزَانِ، ولكُلِّ واحِدةٍ مِنهُمَا مَهرُ مِثلِهَا**) وقال الشَّافعيُّ[٤]: لا يجوزُ؛ لـ«نهيه عليه السلام عن نكاحِ الشِّغارِ»[٥]، ولنا: أَنَّه سمى ما لا يصلُحُ صداقاً، فيصِحُّ العقدُ ويجِبُ مهرُ المثلِ، كما إذا سمَّى الخمرَ والخنزيرَ، والنهيُ وردَ لغيرِه،

---

(١) انظر: «الأصل/ قطر» (٤/ ٤٣٩).

(٢) انظر: «زاد الفقهاء» (٢/ ١٤٧).

(٣) وانظر: «البناية شرح الهداية» (٥/ ١٥٥).

(٤) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (٩/ ٢٧١).

(٥) رواه البخاري (٥١١٢)، ومسلم (١٤١٥) عن ابن عمر رضي الله عنهما.

وهو جعلُ[1] أحدِ العقدَين عِوضاً عن الآخَرِ، فلا يوجِبُ فسادَ المنهيِّ عنه.

قال: (**وإنْ تزوَّجَ حرٌّ امرأَةً على خِدْمَتِه سَنةً، أو عَلَى تَعلِيمِ القُرآنِ: فَلَها مَهرُ مِثلِهَا، وقالَ محمَّدٌ: لَهَا قِيمَةُ الخِدْمَةِ، وإنْ تزَوَّج عَبدٌ حُرَّةً بإِذْنِ مَولَاه عَلى خِدمَتِه سَنةً: جَازَ**) وقال الشافعيُّ[2]: لها المسمَّى في الوجهَين، كما لو تزوَّجَها على خدمةِ حرٍّ آخرَ، أو على رعيِ زوجِها غنمَها، ولنا: أنَّ المشروعَ هو الابتغاءُ بالمالِ، قال الله تعالى: ﴿أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤]، والتعليمُ والمنافعُ ليست بمالٍ عندنا، بخلافِ خدمةِ العبدِ؛ لأنَّه ابتغاءٌ بالمالِ؛ لأنَّه يوجبُ تسليمَ رقَبتِه وهي مالٌ؛ ولأنَّ خدمةَ الزَّوجِ الحرِّ لها لا تُستحقُّ بعقدِ النِّكاحِ؛ لأنَّه خلافُ الموضُوعِ؛ لأنَّ العقدَ يقتضِي استحقاقَ خدمتِها له، بخلافِ خدمةِ حرٍّ آخَرَ أو عبدٍ لعدمِ المناقَضةِ، بخلاف رعيِ غنمِها؛ لأنَّه من باب القيامِ بأمورِ الزوجيَّةِ، على أنَّ المسألةَ ممنُوعةٌ في روايةٍ، ثمَّ على قول محمَّدٍ يجبُ قيمةُ الخدمةِ؛ لأنَّ المسمَّى مالٌ وعجَزَ عن تسليمِه للمُناقَضَةِ، فيجِبُ قيمتُه كمَنْ تزوَّجَ على عبدِ الغيرِ، ولهما: أنَّ خدمتَه ليسَتْ بمالٍ؛ لأنَّها لا تستحَقُّ بمالٍ، فأشبهَ تسميةَ الخمرِ.

وَإِذَا اجْتَمَعَ فِي الْمَجْنُونَةِ أَبُوهَا وَابْنُهَا: فَالْوَلِيُّ فِي نِكَاحِهَا ابْنُهَا عِنْدَ أَبِي يوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: أَبُوهَا، وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ إِلَّا بِإِذْنِ مَوْلَاهُمَا، وَإِذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ بِإِذْنِ مَوْلَاهُ: فَالْمَهْرُ دَيْنٌ فِي رَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهِ، وَإِذَا زَوَّجَ الرَّجُلُ أَمَتَهُ: فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُبَوِّئَهَا بَيْتَ الزَّوْجِ، وَلَكِنَّهَا تَخْدُمُ الْمَوْلَى، وَيُقَالُ لِلزَّوْجِ: مَتَى ظَفِرْتَ بِهَا: وَطِئْتَهَا.

قال: (**وإذَا اجتمَعَ فِي المَجنُونَةِ أَبُوهَا وابنُهَا: فالوَليُّ فِي نِكَاحِها ابنُها عِندَ أَبي يوسُفَ**) لأنَّه أقربُ العصَبات إليها (**وقال محمدٌ: أَبُوهَا**) احتراماً له، ولأنَّه من قَومِها دونَ ابنِها، ولأنَّه أَولى بالتصرُّفِ في مالها وأشفقُ عليها وأعلمُ بمصَالحِها، وعن أبي

---

(١) في (ج): «حصول».

(٢) انظر: «الحاوي الكبير» (٩/ ٤١٠).

يوسُفَ: أيُّهما زوَّجَ: جاز، وإذا اجتمعا يزوِّجُها الأبُ، وذكر في (هـ)[١]: قولَ أبي حنيفةَ مع أبي يوسُف.

قال: (**ولَا يَجُوز نِكَاحُ العَبدِ والأَمَةِ إلَّا بِإذْنِ مَولَاهُمَا**) وقال مالكٌ[٢]: يجوزُ؛ لأنَّه يملِكُ الطلاقَ، فيملِكُ النِّكاحَ، ولنا قوله عليه السلام: «أيُّما عبدٍ تزوَّجَ بغيرِ إذنِ مولاه فهو عاهرٌ»[٣] ولأنَّ نكاحَهما عيبٌ بهما، فلا يملكانِه بدونِ إذنِ مَولاهُما، وكذا المكاتَبُ؛ لأنَّ الكتابةَ توجِبُ فكَّ الحَجرِ في حقِّ الكسبِ دونَ النِّكاحِ، ولهذا لا يملِكُ تزوُّجَ عبدِه ويملِكُ تزوُّجَ أمَتِه؛ لأنَّه كسبٌ، وتملِكُ المكاتبةُ تزويجَ أمَتِها دونَ نفسِها لِما مرَّ، وكذا المدبَّرُ وأمُّ الولد؛ لبقاءِ المِلك فيهما.

قال: (**وإِذَا تَزوَّجَ العَبْدُ بإِذْنِ مَولَاهَ: فَالمَهرُ دَينٌ فِي رَقبَتِهِ يُباعُ فِيهِ**) وإنما وجَبَ في رقبتِه لوجُودِ سببِ الوجُوبِ منه، وإنما يُباعُ فيه لصُدورِ الإذنِ من جهَةِ المولى.

(هـ)[٤]: والمدبَّرُ والمكاتَبُ يسعَيانِ في المهرِ ولا يُباعانِ فيه؛ لأنَّهما لا يحتمِلان النقلَ من مِلكٍ إلى مِلكٍ، فيؤدَّى من كسبِهما لا من نفسِهما.

قال: (**وإِذَا زَوَّجَ أَمتَهُ: فَلَيسَ عَلَيهِ أَنْ يُبوِّئَهَا بَيتَ الزَّوجِ، ولَكنَّهَا تَخدُمُ المَولَى، ويُقالُ للزَّوجِ: متَى ظَفِرتَ بِهَا وَطِئتَهَا**) لأنَّ حقَّ المولى في الاستخدامِ باقٍ والتبوئةُ تبطِلُه، فإن بوَّأَها معه بيتاً فلها النفقةُ والسُّكنى، وإلا: فلا؛ لأنَّ النفقةَ للحبسِ، وله أن يستخدِمَها بعد التبوئةِ لبقاءِ المِلك، ثم المولى يملِكُ إجبارَهما على النِّكاح، وقال

---

(١) انظر: «الهداية» (١/ ١٩٥).

(٢) في المذهب: لا يجوز إلا أن يجيزه السيد. انظر: «المعونة» (ص: ٧٤٠).

(٣) رواه أبو داود (٢٠٧٨)، والترمذي (١١١١)، وأحمد في «مسنده» (١٥٠٣١)، والحاكم في «المستدرك» (٢٧٨٧) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.
قال الترمذي: هذا حديث حسن. وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد. ووافقه الذهبي.

(٤) انظر: «الهداية» (١/ ٢٠٩).

الشافعيُّ[(١)]: لا يملِكُ إجبارَ العبد، وهو روايةٌ عن أبي حنيفةَ؛ لأنَّه لا يملِكُ بُضعَه، ولنا قولُه تعالى: ﴿وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ﴾ [النور: ٣٢]، ولأنَّه تحصينٌ لملكِه فيملكه، كأمَتِه المجوسيةِ وأختِه من الرضاعِ، ولو زوَّجها ثم قتَلَها قبلَ الدخولِ سقطَ المهرُ عندَ أبي حنيفةَ لمنعِ المبدَلِ، وقالا: عليه المهرُ كما لو قتلَتِ الحرةُ نفسَها.

ولو تزوَّج بغيرِ إذنِ مَولاهُ فقال: طَلِّقْهَا، أو فارِقهَا: فليسَ بإجازةٍ؛ لأنَّه يحتمِلُ الردَّ، ولو قال: طلِّقْها تطليقةً تملِكِ الرَّجعةَ: فإجازةٌ، ولو قال له: تزوَّجْها، فتزوَّجَها فاسداً ودخلَ بها يُباعُ في المهرِ، وقالا: يؤخَذُ به إذا عتقَ، ولو تزوَّجَ المأذونُ امرأةً فهي أُسوةُ الغرماءِ في مقدارِ مهرِ مثلِها دونَ الفضلِ كالمريضِ المديونِ.

وإِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً على أَلْفٍ، عَلَى أَنْ لَا يُخْرِجَهَا مِن الْبَلَدِ، أَوْ عَلَى أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا، فَإِنْ وَفَّى بِالشَّرْطِ: فَلَهَا الْمُسَمَّى، وَإِنْ تَزَوَّجَ عَلَيْهَا، أَوْ أَخْرَجَهَا: فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا، فَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى حَيَوَانٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ: صَحَّتْ التَّسْمِيَةُ، وَلَهَا الوَسَطُ مِنْهُ، وَالزَّوْجُ مُخَيَّرٌ: إنْ شَاءَ أَعطَاهَا ذَلِكَ، وإنْ شَاءَ أَعطَاهَا قِيمتَهُ، وَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى ثَوْبٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ: فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا.

قال: (**وإِذَا تزوَّج امرأةً على أَلفٍ عَلَى أَنْ لَا يُخرِجَها مِن البلَدِ، أَو عَلى أَنْ لَا يتزوَّجَ عَلَيهَا، فإِنْ وفَّى بالشَّرطِ: فَلَها المُسَمَّى**) لرضَاها به.

قال: (**وإِنْ تَزوَّجَ عَليهَا، أَو أَخرَجَهَا: فَلَها مَهرُ مِثلِهَا**) لفوتِ رضَاها به بفواتِ شرطٍ مرغُوبٍ، كما في تسميةِ الكرامةِ والهديةِ مع الألفِ، ولو تزوَّجَها على ألفٍ إن أقامَ بها، وعلى ألفَين إن أخرَجَها، فإن أقامَ بها فلها الألفُ للتَّسميةِ، وإنْ أخرَجَها فلها مهرُ المثلِ، لا يُزادُ على ألفَين ولا يُنقصُ من ألفٍ عندَ أبي حنيفةَ، لفسادِ التَّسميةِ لاجتماعِهما بعدَ

---

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (٩/ ٧٤).

الإخراجِ، وقالا: الشرطان جائزان للتراضِي بهما، وقال زُفرُ: فاسدانِ للمُزاحَمةِ، وقد مرَّ نظيرُه في الإجاراتِ في قولِه: إن خطَّتْه اليومَ فلك درهمٍ، وإن خطَّته غداً فلك نصفُ نصفِ درهمٍ.

(**شط**): وعلى هذا إذا تزوَّجَها بألفٍ إن كانَتْ له امرأةٌ، وبألفَين إنْ لم يكُنْ، أو بألف إن كانت أعجميَّةً[1]، وبألفين إن كانت عربيةً، أو بألف إن كانت ثيِّباً، وبألفَين إن كانت بِكراً، وعن الدَّبُوسيِّ وغيرِه: تزوَّجَها بألفٍ إن كانت قبيحةً، وبألفَين إن كانت جميلةً، يصِحَّانِ بالإجماعِ؛ لأنَّه لا خطرَ في التسميةِ الثانيةِ؛ لأنَّ أحدَ الوصفَين ثابتٌ جَزماً، وفي «نوادرِ ابنِ سِماعةَ» عن محمَّدٍ نصَّ على الخلافِ فيه، وإذا طلَّقَها قبل الدُّخولِ في هذه الفصولِ فلها نصفُ الألفِ عندَه.

قال: (**فإن تَزوَّجَها عَلى حَيَوانٍ غَيرِ مَوصُوفٍ: صحَّت التَّسميَةُ، ولَهَا الوسَطُ مِنهُ، والزَّوجُ مُخيَّرٌ: إنْ شَاء أَعطَاهَا ذَلِكَ، وإنْ شَاءَ أَعطَاهَا قِيمتَهُ**) قلتُ: أرادَ به: وسمَّى جنسَه دونَ وصفِه، كالحمارِ والفرَسِ والإبلِ والبقَرِ والغنَم، أمَّا إذا تزوَّجَها على دابةٍ: فسدَتِ التسميةُ ولها مهرُ المثل، وقال الشافعيُّ[2]: يجبُ مهرُ المثلِ في الوجهَين؛ لأنَّ ما لا يصلُحُ ثمناً في البيعِ لا يصلُحُ مهراً في النِّكاحِ؛ لأنَّ كلَيهما معاوَضةٌ، ولنا أنَّها معاوَضةُ مالٍ بغيرِ مالٍ، فجعلنَاهُ التزامَ المالِ ابتداءً حتى لا يفسُدَ بأصلِ الجهالةِ كالخُلعِ والدِّيةِ والأقاريرِ، وإنما يجِبُ الوسطُ نظراً للجَانبَين، بخلافِ جَهالةِ الجنسِ؛ لأنَّه لا وسطَ لها، وبخلافِ البيعِ؛ لأنَّ مبناهُ على المماكَسَةِ، ومبنى النِّكاحِ على المسامَحةِ، وإنما يتخيَّرُ لأنَّ الوسطَ لا يُعرفُ إلَّا بالقيمةِ، فصارَتْ القيمةُ أصلاً في الإيفاءِ، والعبدُ أصلُ تسميةٍ فيتخيَّرُ بينهما.

---

(١) في(ش) وج: (عجمية).

(٢) انظر: «الحاوي الكبير» (٩/ ٣٩٥).

قال: (**وإنْ تَزوَّجها على ثَوبٍ غَيرِ مَوصُوفٍ: فلَها مَهرُ مِثلِهَا**) معناه: ذكَرَ الثوبَ ولم يَزِدْ عليه؛ لأنَّ هذه جهالةُ الجنسِ؛ إذ الثيابُ أجناسٌ مختلفةٌ، ولو سمَّى جنساً بأن قال: هَرويٌّ: صحَّت التسميةُ، ويُخيَّرُ الزوجُ لِما بينَّا.

(ه)[1]: وكذا إذا بالَغَ في وصفِ الثوبِ في ظاهرِ الروايةِ؛ لأنَّها ليسَتْ من ذواتِ الأمثالِ، وكذا إذا سمَّى مَكيلاً أو مَوْزوناً، وسمَّى جنسَه دونَ صفتِه، وإن سمَّى جنسَه وصفتَه: لا يُخيَّرُ؛ لأنَّ الموصُوفَ منها يثبُتُ في الذِّمَّة، ولو تزوَّجها على ألفٍ أو ألفَين، أو على هذا العبدِ أو هذا. فإن كان مهرُ مثلِها مثلَ أدناهما أو دونَه فلها الأدنى، وإن كان مثلَ أعلاهما أو فوقَه: فلها الأعلى، وإن كانَ بينهما: فلها مهرُ مثلِها، وقالا: يُخيَّرُ في دفعِ أيِّهما شاء.

وقال المرِيسيُّ وجماعةٌ: لها نصفُ هذا ونصفُ هذا لاستوائِهِمَا، ولو قال: عليَّ كذا أو كذا على أنْ أعطيَك أيَّهما شئتَ، أو قال: شئتُ صحَّ بلا خلافٍ، لزوالِ الجهالةِ بثبُوتِ المشيئةِ لأحدِهما عيناً، وكذا الخلافُ لو تزوَّجها على ألفٍ حالَّةٍ أو إلى سنةٍ، فرَّقَ أبو حنيفةَ بين هذا وبين الخُلعِ والعتقِ على ألفٍ حالَّةٍ أو مؤجَّلةٍ، والإقرارِ بألفٍ حالَّةٍ أو مؤجَّلةٍ أنَّه يجبُ الأقلُّ؛ لأنَّه ليسَ لهذه العقودِ موجبٌ أصليٌّ يُصارُ إليه عندَ الاشتباه، فوجبَ المتيقَّنُ، بخلافِ النِّكاحِ.

(**شط**): ولو تزوَّجها بألفٍ حالَّةٍ، أو بألفَينِ إلى سنةٍ؛ فإن كان مهرُ مثلِها ألفَين أو أكثرَ: تُخيَّرُ إن شاءت أخذتِ الألفَينِ إلى سنةٍ، وإن شاءت أخذَتِ الألفَ حالَّةً، وإن كان مهرُ مثلِها ألفاً أو أقلَّ: فالخيارُ إليه؛ لأنَّ كلَيهما زائدٌ من وجهٍ ناقصٌ من وجهٍ، وإن كانَ فيما بينَ ذلك فلها مهرُ مثلِها، وقالا: الخيارُ للزوجِ، وإن طلَّقَها قبلَ الدخولِ: فلها نصفُ ما يختارُ الزوجُ.

---

(١) انظر: «الهداية» (١/ ٢٠٢ ـ ٢٠٤).

ونِكَاحُ الْمُتْعَةِ، وَالنِّكَاحُ الْمُؤَقَّتِ: بَاطِلٌ، وَتَزْوِيجُ الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُمَا مَوْقُوفٌ، فَإِنْ أَجَازَهُ الْمَوْلَى: جَازَ، وَإِنْ رَدَّهُ: بَطَلَ، وَكَذَلِكَ لَوْ زَوَّجَ رَجُلٌ امْرَأَةً بِغَيْرِ رِضَاهَا، أَوْ رَجُلًا بِغَيْرِ رِضَاهُ.

وَيَجُوزُ لِابْنِ الْعَمِّ أَنْ يُزَوِّجَ ابْنَةَ عَمِّهِ مِنْ نَفْسِهِ، وَإِذَا أَذِنَتِ الْمَرْأَةُ لِرَجُلٍ أَنْ يُزَوِّجَهَا مِنْ نَفْسِهِ، فَعَقَدَ بِحَضْرَةِ شَاهِدَيْنِ: جَازَ، وَإِذَا ضَمِنَ الْوَلِيُّ الْمَهْرَ: صَحَّ ضَمَانُهُ، وَلِلْمَرْأَةِ الْخِيَارُ فِي مُطَالَبَةِ زَوْجِهَا، أَوْ وَلِيِّهَا.

قال: (ونِكَاحُ الْمُتْعَةِ، والنِّكَاحُ الْمُؤَقَّتِ: بَاطِلٌ) (ه)[1]: والمتعةُ أن يقولَ لامرأةٍ: أتمتَّعُ بكِ كذا مدةً بكذا من المالِ، والنِّكاحُ المؤقَّتُ: أن يتزوَّجَها بشهودٍ عشرةَ أيامٍ، أمَّا بطلانُ المتعة فمذهبُنا، وقال مالكٌ[2]: هي جائزةٌ لأنَّه كان مباحاً فيبقَى، قلنا: ثبت النسخُ بإجماعِ الصَّحابةِ، وصحَّ رجوعُ ابنِ عبَّاسٍ[3]، فتقرَّرَ الإجماعُ، وقد روى عبدُ الله والحسَنُ ابنا محمدِ ابن الحنفيةِ عن أبيهما عن جدِّهما: «أن النبيَّ عليه السلام حرَّمَ يومَ خيبرَ مُتعَةَ النساءِ، ولحومَ الحمُرِ الأهليَّة»[4] ورُويَ عن عمرَ أنه خطبَ ثم قال: ما بالُ رجالٍ يُبيحونَ هذه المتعةَ وقد «نهى النبيُّ ﷺ عنها»، لا أجدُ أحداً ينكِحُها إلا رجَمتُه بالحجارةِ[5].

وأمَّا إذا تزوَّجَ امرأةً مدةً معلومةً: فالنكاحُ باطلٌ أيضاً، وهذه المتعةُ، وقال زُفرُ: هو

---

(١) انظر: «الهداية» (١/ ١٩٠).

(٢) في مذهب مالك نكاح المتعة باطل، انظر: «المعونة» (ص: ٧٥٨).

(٣) رواه الترمذي (١١٢٢).

(٤) رواه البخاري (٤٢١٦)، ومسلم (١٤٠٧).

(٥) رواه ابن ماجه (١٩٦٣)، والبزار في «مسنده» (١٣٥)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٤١٧١).
قال ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٣/ ٣٢٠): رواه ابن ماجه بإسناد صحيح.

نافذٌ لازمٌ؛ لأنَّ النّكاحَ لا يبطُلُ بالشرطِ، كما لو تزوَّجَها على أن يطلِّقَها بعدَ عشَرة أيامٍ، ولنا أنَّه بمعنى المتعَةِ، والعِبرةُ في العقودِ للمَعانِي.

(هـ)[1]: ولا فرقَ بين ما إذا طالَتْ مدَّةُ التأقيتِ أو قصُرَت.

وأما النّكاحُ بشرطِ الطلاقِ: فالنّكاحُ ثَمَّ مؤبَّدٌ، والشرطُ مؤقَّت.

قال: (**وتَزوِيجُ العَبدِ والأَمَة بِغَيرِ إِذْنِ مَولَاهُمَا مَوقُوفٌ، فإِنْ أَجازَهُ المَولَى جَازَ، وإِن ردَّهُ بَطَلَ**) لِما فيه من شَغلِ رقبةِ العبدِ، ويملِكُ بُضعَ الأمَةِ.

قال: (**وكَذَلكَ لَو زوَّجَ رجُلٌ امرَأَةً بِغَيرِ رِضَاهَا، أَو رجُلًا بِغَيرِ رِضَاهُ**) لما مرَّ، وقال الشَّافعيُّ[2]: لا ينعقِدُ ولا يقفُ؛ لقولِه عليه السلام: «أيُّما امرأةٍ نكَحَت نفسَها بغيرِ إذنِ وليِّها؛ فنكاحُها باطلٌ باطلٌ باطلٌ»[3] ولأنَّه لا يعقُبُه إباحةُ الوطءِ: فيبطُلُ، كنكاحِ المعتَدَّة، ولنا: ما روى عُروةُ بنُ الزُّبير عن أمِّ حَبيبةَ: «أنَّ النَّجاشيَّ زوَّجَها بالحبشَةِ من النبيِّ عليه السلام على صَداقٍ أربعةِ آلافٍ، وكتَبَ به إلى النبيِّ ﷺ فأجازَه وقَبِلَه»[4] ولأنَّه عقدٌ له مجيزٌ، فجازَ أنْ يقفَ كالوَصِيَّة، والإيجابُ في العقدِ يقِفُ صحَّتُه على قَبولِ الآخَرِ، ولأنَّ فيه نظراً للجَانبَين، وأمَّا الحديثُ فبطلانُه لاستبدَادِها به دونَ الوليِّ، على أنَّ الحديثَ يقتَضِي أنَّه إذا أذِنَ بعدَه وليُّها: يجوزُ، فصارَ الحديثُ حُجَّةً لنا، وبطلانُ نكاحِ المعتدَّةِ لعدَمِ المجيزِ له أصلاً، ألا ترى أنَّه لو أجازَ الزوجُ: لا يجوزُ.

(شق): ولو تزوَّجَ بغيرِ إذنِ الوليِّ ودخلَ بها، ثمَّ أجازَ النّكاحَ، يجِبُ في القياسِ

---

(١) انظر: «الهداية» (١/ ١٩٠).

(٢) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (٩/ ١٦٠).

(٣) رواه أبو داود (٢٠٨٣)، والترمذي (١١٠٢)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٥٣٧٣)، وابن ماجه (١٨٧٩) من حديث عائشة رضي الله عنها، وقال الترمذي: هذا حديث حسن.

(٤) رواه أبو داود (٢١٠٧)، والنسائي (٣٣٥٠).

مهرانِ: مهرٌ بالدخولِ، ومهرٌ بالإجازةِ، كما في النّكاحِ الفاسدِ إذا جدَّدَه صحيحاً، وفي الاستحسانِ: لا يلزَمُه إلا المسمَّى؛ لأنَّ مهرَ المثلِ لو وجَبَ لَوجبَ باعتبارِ العقدِ، وحينئذٍ يجبُ بعقدٍ واحدٍ مهران، وإنه ممتنعٌ.

قال: (**ويَجُوزُ لِابنِ العمِّ أَنْ يُزوِّجَ ابنَةَ عمِّهِ مِن نَفسِهِ**) وقال زُفرُ: لا يجوزُ.

قال: (**وإِذَا أَذِنَتِ الْمَرْأَةُ لِرَجُلٍ أَنْ يُزَوِّجَهَا مِنْ نَفْسِهِ، فَعَقَدَ بِحَضْرَةِ شَاهِدَيْنِ: جَازَ**) وقال زُفرُ والشافعيُّ[1]: لا يجوزُ؛ لأنَّ الواحدَ لا يُتصوَّرُ أن يكونَ مملِّكاً ومتملِّكاً كما في البيعِ، لكنَّ الشافعيَّ يقولُ: في الوليِّ ضرورةٌ لأنَّه لا يتولَّاه سواه، بخلاف الوكيلِ، ولنا: أنَّ الوكيلَ في النّكاحِ سفيرٌ ومعبِّرٌ بدليلِ وجوبِ إضافة العقدِ إلى موكِّلِه، ولا تمانُعَ في التَّعبيرِ، وإنما التَّمانُعُ في الحقوقِ، ولا ترجِعُ الحقوقُ في النّكاحِ إلى الوكيلِ، بخلاف البيعِ؛ لأنَّه مباشِرٌ حتى رجعَتِ الحقوقُ إليه، وأصلُه أنَّ الواحدَ يتولَّى طرفَي العقدِ في النّكاح عندنا، وإذا تولَّى طرفَيه فقولُه: زوَّجْتُ يتضمَّنُ الشَّطرين[2]، ولا يحتاجُ إلى القَبولِ، بخلافِ الفضُوليِّ إذا قال: اشهدُوا أني زوجتُ فلانةَ من فلانٍ، أو الرجلِ إذا قال: اشهدوا أني تزوَّجتُ فلانةَ وهي غائبةٌ، أو على العكسِ حيثُ لا يتضمَّنُ الشطرين لعدمِ الضَّرورةِ، ولا يتوقَّفُ على الإجازةِ خلافاً لأبي يوسُفَ.

قال: (**وَإِذَا ضَمِنَ الْوَلِيُّ الْمَهْرَ: صَحَّ ضَمَانُهُ، وَلِلْمَرْأَةِ الْخِيَارُ فِي مُطَالَبَةِ زَوْجِهَا، أَوْ وَلِيِّهَا**) لأنَّه دَينٌ لا يملِكُ الوليُّ قبضَه، فصحَّ ضمانُه كسائرِ الدُّيونِ، بخلافِ الوَكيلِ بالبيعِ إذا ضَمِنَ؛ لأنَّه يملِكُ قبضَه فيتناقَضُ، وهذا بناءٌ على ما مرَّ أنَّ حقوقَ البيعِ ترجِعُ إلى الوكيلِ دونَ النّكاحِ.

---

(١) انظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» (٥/ ٢٩٣).

(٢) في (ص) و(ف) هنا والموضع التالي: «الشرطين».

وَإذَا فَرَّقَ القَاضِي بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ قَبْلَ الدُّخُولِ: فَلَا مَهْرَ لَهَا، وَكَذَلِكَ بَعْدَ الْخَلْوَةِ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا: فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا، لَا يُزَاد عَلَى الْمُسَمَّى وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ، وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا، وَمَهْرُ مِثْلِهَا يُعْتَبَرُ بِأَخَوَاتِهَا وَعَمَّاتِهَا وَبَنَاتِ عَمِّهَا، وَلَا يُعْتَبَرُ بِأُمِّهَا وَلَا خَالَتِهَا إذَا لَمْ تَكُونا مِنْ قَبِيلَتِهَا، وَيُعْتَبَرُ فِي مَهْرِ الْمِثْلِ: أَنْ تَتَسَاوَى الْمَرْأَتَانِ فِي السِّنِّ، وَالْجَمَالِ، وَالْمَالِ، وَالْعَقْلِ، وَالدِّينِ، وَالْبَلَدِ، وَالْعَصْرِ.

وَيَجُوزُ تَزْوِيجُ الأَمَةِ، مُسْلِمَةً كَانَتْ أَوْ كِتَابِيَّةً، وَلَا يَتَزَوَّجُ أَمَةً عَلَى حُرَّةٍ، وَيَجُوزُ تَزْوِيجُ الْحُرَّةِ عَلَيها، وَلِلْحُرِّ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَرْبَعًا مِن الْحَرَائِرِ وَالْإِمَاءِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ، وَلَا يتَزَوَّجُ العَبْدُ أَكْثَرَ مِن اثْنَتَيْنِ، فَإِنْ طَلَّقَ الْحُرُّ إحْدَى الْأَرْبَعِ طَلَاقًا بَائِنًا: لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ رَابِعَةً حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا.

قال: (**وَإذَا فَرَّقَ القَاضِي بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ قَبْلَ الدُّخُولِ: فَلَا مَهْرَ لَهَا، وَكَذَلِكَ بَعْدَ الْخَلْوَةِ**) لقوله عليه السلام: «أيُّما امرأةٍ نكَحَتْ نفسَها بغيرِ إذنِ وليِّها؛ فنكاحُها باطلٌ، فإن دخلَ بها فلها المهرُ بما استحلَّ من فرجِها»[1] بيَّنَ عليه السلام أنَّ المهرَ يُستحقُّ في النِّكاحِ الباطل بالدخولِ، لا بالعَقدِ والخَلوةِ، ولأنَّه لا يملِكُ بالفاسدِ البُضعَ، فلا يلزمُه المهرُ ولا شيءٌ منه.

قال: (**فَإِنْ دَخَلَ بِهَا: فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا، لَا يُزَاد عَلَى الْمُسَمَّى**) أمَّا المهرُ فلِما مرَّ من قوله عليه السلام: «فلها المهرُ بما استحلَّ من فرجِها» واعتباراً بما استهلَكَه في الشراءِ الفاسدِ حيث تجبُ القيمةُ، وقيمةُ البُضعِ مهرُ المثل، وأمَّا عدمُ الزيادةِ على المسمَّى

(١) رواه أبو داود (٢٠٨٣)، والترمذي (١١٠٢)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٥٣٧٣)، وابن ماجه (١٨٧٩) من حديث عائشة رضي الله عنها، واللفظ للترمذي وقال: هذا حديث حسن.

فمذهبُنا، وقال زُفرُ والشافعيُّ[١]: يجبُ بالغاً ما بلغَ كالأعيانِ، ولنا: أنَّ المنافعَ إنما تتقوَّمُ بالعقدِ، ولم يزدِ العقدُ على الزِّيادةِ: فلا يلزَمُ.

قال: (**وعَلَيهَا العدَّةُ**) لأنَّها لمَّا استحَقَّتِ المهرَ وجبَتِ العِدَّةُ اعتباراً بالصَّحيحِ.

قال: (**ويَثبُتُ نَسَبُ ولَدِهَا**) اعتباراً بسائرِ الأحكامِ التي تثبُتُ، ودفعاً للضَّررِ عن الولدِ.

قال: (**وَمَهْرُ مِثْلِهَا يُعْتَبَرُ بِأَخَوَاتِهَا وَعَمَّاتِهَا وَبَنَاتِ عَمِّهَا، وَلَا يُعْتَبَرُ بِأُمِّهَا وخَالتِهَا إذَا لَم تَكونَا مِن قَبيلَتِهَا**) لقولِ ابنِ مسعودٍ في المفوِّضَة: «لها مهرُ مثلِ نسائها»[٢]، ونساؤها أقاربُ أبيها؛ لأنَّ الإنسانَ يُنسَبُ إلى أبيهِ ويتشرَّفُ بشرَفِه، وقيمةُ الشيء تُعرفُ بالنظيرِ في قيمةِ جنسِه، فإن كانت أمُّها بنتَ عمِّ أبيها يُعتبَرُ مهرُها؛ لأنَّها من قومِ أبيهَا، فإنْ لم يكُنْ فبأجنبيَّةٍ موصُوفةٍ بذلك.

(**شط**): ومهرُ مثلِ الأمَةِ على قَدْرِ الرَّغبَةِ فيها، وعن الأوزاعِيِّ: ثلُثُ قيمَتِها.

قال: (**وَيُعْتَبَرُ فِي مَهْرِ الْمِثْلِ: أَنْ تَتَسَاوَى الْمَرْأَتَانِ فِي السِّنِّ، وَالْجَمَالِ، وَالْمَالِ، وَالْعَقْلِ، وَالدِّينِ، وَالْبَلَدِ، وَالْعَصْرِ**) لأنَّ مهرَ المثلِ يختلِفُ باختلاف هذه الأوصافِ كقِيَمِ الأعيان، وكذا يختلِفُ باختلافِ الدار والعصرِ، قالوا: ويعتبَرُ التساوي في البِكارةِ والثُّيوبةِ لاختلافِه بها.

قال: (**ويَجُوزُ تزوِيجُ الأَمَةِ، مُسلِمةً كَانَتْ أَو كتَابيَّةً**) لقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]، وقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥] مطلقاً من غير فصلٍ، وقال الشافعيُّ[٣]: لا يجوزُ تزويجُ الكتابيةِ كالمجوسيَّةِ،

---

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (٩/ ١٤١).

(٢) رواه أبو داود (٢١١٤)، والترمذي (١١٤٥)، والنسائي (٣٥٢٤)، وابن ماجه (١٨٩١)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٣) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (٩/ ٢٦٤).

ونحن نقولُ: حلَّ وَطؤُها بمِلكِ اليمينِ، فيحِلُّ بالنِّكاحُ، بخلافِ المجوسيَّة.

قال: (**ولَا يَتزوَّجُ أمَةً عَلَى حرَّةٍ، ويَجُوز تَزوِيجُ الحُرَّةِ عَلَيها**) كذا رويَ عن عليٍّ رضي الله عنه[١]، وعن النبيِّ عليه السلام أنَّه قال: «لا تُنكحُ الأمَةُ على الحرةِ»[٢] ولأنَّ في الأولِ ضررَ إدخالِ الناقصةِ على الكاملة دونَ الثاني.

قال: (**ولِلحرِّ أنْ يتزوَّجَ أربعًا مِن الحَرَائرِ والإِمَاء**) لقوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [النساء: ٣] معناه: أو ثلاثٌ، أو رُباعٌ، قال الفرَّاء[٣]: ولم يردِ الجمعُ؛ لأنَّه عيٌّ في الكلام، فإنَّ العربَ متى أرادوا الإخبارَ عن التسعةِ لا تقولُ: مثنى وثُلاثَ ورُباعَ، وكلامُ الحكيم تعالى وتقدَّسَ عن مثله.

وقال الشافعيُّ[٤]: لا يجوزُ للحرِّ أن يتزوَّجَ من الإماءِ إلا واحدةً؛ لأنَّه نكاحٌ ضروريٌّ، وما ذكرَه منقوضٌ بالعبد، فإنَّ له أن يتزوَّجَ بأمتَين، فالحرُّ أَولى.

قال: (**ولَيسَ لَهُ أَنْ يَتزوَّجَ أَكثرَ مِن ذَلِكَ**) لأنَّ التَّنصِيصَ على العددِ يمنعُ الزِّيادةَ عليه.

قال: (**ولَا يتزوَّجُ العَبدُ أكثَرَ مِن اثنَتَينِ**) وقال مالكٌ[٥]: يجوزُ؛ لأنَّه في حقِّ النِّكاح

---

(١) رواه الدارقطني في «السنن» (٣٧٣٧)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٤٠٠٣). انظر: «نصب الراية» (٣/ ١٧٥).

(٢) رواه الدارقطني في «السنن» (٤٠٠٢)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٥١٦٩) من حديث عائشة رضي الله عنها. وفيه مظاهر بن أسلم وهو ضعيف. «الدراية» (٢/ ٥٧).

ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٣٠٨٩)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٤٠٠٤) عن جابر رضي الله عنه موقوفاً، قال البيهقي: هذا إسناد صحيح.

(٣) انظر: «معاني القرآن» للفراء (١/ ٢٥٤) وكلامه على الآية، والكلام المساق هنا نسبه السمعاني في «تفسيره» (١/ ٣٩٦) للزجاج.

(٤) انظر: «الحاوي الكبير» (٩/ ٢٣٩).

(٥) انظر: «المعونة» (ص: ٧٤٣).

كالحرِّ عنده حتى يملِكَ التزويجَ بغيرِ إذنه[١]، ولنا قولُه عليه السلام: «لا يتزوَّجُ العبدُ أكثرَ من اثنتَين»[٢]، ولأنَّ الرِّقَّ منصِّفٌ إظهاراً لشرفِ الحريَّة.

قال: (**فإن طلَّقَ الحرُّ إحدَى الأَربَعِ طَلَاقًا بَائنًا: لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ رَابعَةً حَتَّى تَنقَضِيَ عدَّتُها**) وهو قولُ عليٍّ وابنِ مسعودٍ[٣] خلافاً للشافعيِّ[٤]، وهو نظيرُ نكاحِ الأختِ في عِدَّةِ الأخت، وقد مرَّ بيانه.

وإِذَا زَوَّجَ الأَمَةَ مَوْلَاهَا، ثُمَّ أُعتِقَت: فَلَهَا الخِيَارُ، حُرًّا كَانَ زَوْجُهَا أَوْ عَبْدًا، وكَذَلِكَ المُكَاتَبَةُ، فَإِنْ تَزَوَّجَت أَمَةٌ بِغَيْرِ إِذْنِ مَولَاهَا، ثُمَّ أُعتِقَتْ: صَحَّ النِّكَاحُ، ولَا خِيَارَ لَهَا، ومَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَتَينِ فِي عُقْدَةٍ وَاحِدَةٍ، إِحْدَاهُمَا لَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا: صَحَّ نِكَاحُ الَّتِي يَحِلُّ نِكَاحُهَا، وَبَطَلَ نِكَاحُ الأُخْرَى.

قال: (**وإِذَا زوَّجَ الأَمَةَ مولَاهَا، ثُمَّ أُعتِقَتْ: فَلَهَا الخِيَارُ، حُرًّا كَانَ زَوْجُهَا أَوْ عَبدًا**) خلافاً للشافعيِّ في الحرِّ[٥]؛ لأنَّ الخيارَ في العبدِ لدَفعِ ولايةِ الخسيسِ على الشريفةِ، وقد عُدمَ في الحرِّ، ولنا مَا رَوى أبو بكرٍ الرازيُّ أن النبيَّ عليه الصَّلاة والسَّلامُ قال

---

(١) هذه المسألة تقدمت، وتقدم أن في مذهبه عدم الجواز إلا بإذن سيده.

(٢) رواه ابن عدي في «الكامل» (٦/ ١٥) من حديث واثلة بن الأسقع رضي الله عنه، وفي سنده عمر بن موسى متهم. وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٦٠٤٤)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٣٨٩٨) عن الحكم قال: اجتمع أصحاب رسول الله ﷺ على أن المملوك لا يجمع من النساء فوق اثنتين.

(٣) روى عبد الرزاق في «مصنفه» (١٠٥٧٠) عن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال: سئل علي: عن رجل كانت تحته امرأة فطلقها فبانت منه، ثم تزوج أختها في عدتها قال: «يفرق بينهما». وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٦٧٤٥) عن علي، قال: «لا يتزوج خامسة حتى تنقضي عدة التي طلق». ولم أجده عن ابن مسعود رضي الله عنه.

(٤) انظر: «الحاوي الكبير» (٩/ ١٦٩).

(٥) انظر: «الحاوي الكبير» (٩/ ٣٥٧).

لبَريرةَ حين أُعتقَت: «ملَكتِ بُضعَكِ فاختارِي»[١] علَّلَ الاختيارَ بمالكيَّة البُضعِ، وهي شاملةٌ للفصلَين، وعن عائشةَ: أنَّ زوجَ بَريرةَ كان حرًّا[٢]، وهذا نصٌّ في البابِ.

قال: (**وكَذَلكَ المُكَاتَبَةُ**) خلافًا لزُفرَ لما مرَّ.

قال: (**فإنْ تزَوَّجَتْ أمَةٌ بِغَير إِذْنِ مَولَاهَا**[٣]**، ثُمَّ أُعتِقَتْ: صَحَّ النِّكاحُ ولَا خِيَارَ لَهَا**) لأنَّ النِّكاحَ إنما نفذَ عليها بعدَ العتقِ لزَوالِ مانعِ حقِّ المولى، فلم يتَحَقَّقْ زيادةُ الملِكِ عليها بالعتقِ، فلا يثبُتُ الخيارُ، كما لو زوَّجَتْ نفسَها بعدَ العتقِ، ثمَّ إنْ كانَ الزوجُ دخلَ بها قبلَ العتقِ فالمهرُ المسمَّى للمَولى وإن زادَ على مهرِ مثلِها؛ لأنَّ النفاذَ استندَ إلى العَقدِ، فتبيَّنَ أنَّه استوفى منفعةَ مملوكةٍ للمَولى، وإلا: فالمهرُ لها.

قال: (**ومَنْ تزَوَّجَ امرَأَتَينِ فِي عُقْدَةٍ وَاحِدَةٍ إحدَاهُمَا لَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُها: صَحَّ نِكاحُ الَّتِي يَحِلُّ نِكَاحُهَا، وبَطَلَ نِكَاحُ الأُخرَى**) وقالَ الشافعيُّ[٤] في أحدِ قولَيهِ: بطَلَ فيهِمَا، كمَا لو جمَعَ بينَ حرٍّ وعَبدٍ في البَيعِ، ولنا: أنَّ إيجابَ العقْدِ فيهِمَا إيجابٌ في كلِّ واحدَةٍ منهُما على الانفرَادِ، حتَّى لو قبلَتْ إحدَاهُما دُونَ الأخرَى: يصِحُّ، بخلَافِ البَيعِ.

ولأنَّ بيعَ أحدِهمَا بحصَّتِه من الثَّمنِ: لا يَصِحُّ، ونكاحُ إحدَاهما بحصَّتِها من المهرِ: يصِحُّ؛ لأنَّ جهَالةَ المهرِ لا تبطِلُ النِّكاحَ، وجهالةُ الثَّمنِ تبطِلُ البيعَ.

---

(١) رواه الدارقطني في «السنن» (٣٧٦٠) بنحوه من حديث عائشة رضي الله عنها.

ورواه ابن سعد في «الطبقات الكبرى» (٨/ ٢٥٩) نحوه عن الشعبي مرسلاً. وانظر: «نصب الراية» (٣/ ٢٠٤).

(٢) رواه البخاري (٦٧٥٤)، وقوله: أنه كان حرًّا، هذا من قول الأسود، وقال البخاري: قول الأسود منقطع، وقول ابن عباس: رأيته عبداً، أصح. كما في «نصب الراية» (٣/ ٢٠٥).

(٣) في (ف) و(ص): «مالكهَا».

(٤) انظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» (٥/ ٣٨٦).

وإِذَا كَانَ بالزَّوجَةِ عَيبٌ: فَلَا خِيَارَ لِزَوْجِهَا، وإِذَا كَانَ بالزَّوْجِ جُنُونٌ، أَوْ جُذَامٌ، أَوْ بَرَصٌ: فَلَا خِيَارَ لِلْمَرْأَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، فَإِنْ كَانَ عِنِّينًا: أَجَّلَهُ الحَاكِمُ حَوْلًا، فَإِنْ وَصَلَ إِلَيْهَا، وَإِلَّا فَرَّقَ القَاضِي بَيْنَهُمَا إِنْ طَلَبَت المَرْأَةُ ذَلِكَ، والفُرقَةُ: تَطليقَةٌ بَائِنَةٌ، ولَهَا كَمَالُ المَهْرِ، وإِنْ كَانَ مَجْبُوبًا: فَرَّقَ بَيْنَهُمَا فِي الحَالِ، وَلَمْ يُؤَجِّلْهُ والخَصِيُّ يُؤَجَّلُ، كَمَا يُؤَجَّلُ العِنِّينُ.

قال: (**وإِذَا كَان بالزَّوجَةِ عَيبٌ: فَلَا خِيارَ لِزوجِهَا**) لأنَّ النِّكاحَ لا يحتمِلُ الفسخَ، وقال الشافعيُّ[1]: تُردُّ المنكوحةُ بالجنونِ والجُذامِ والبَرصِ والرَّتقِ والقَرْنِ؛ لأنَّها تُخلُّ بالمقصودِ من المعاشِ، ولنا أنَّ التخلُّصَ بيدِ الزوجِ بالطلاقِ، فصارِ كسائرِ العيوبِ.

قال: (**وإِذَا كَان بالزَّوجِ جُنونٌ أَو جُذامٌ أَو برصٌ: فَلا خِيارَ للمَرأَةِ عِندَ أَبِي حَنِيفَة وأَبِي يوسُفَ**) وقال محمَّدٌ: كلُّ عيبٍ لا يمكنُها المقامُ معه إلَّا بضرَرٍ: فلها الخيارُ؛ كالجَبِّ والعُنَّةِ، وقال الشافعيُّ[2]: لها الخيارُ في العيوب الخمسةِ؛ وهي: الجنون والجُذام والبَرص والجَبُّ والعُنَّة لِما مرَّ، ولهما: أن النِّكاحَ عقدٌ على البُضعِ، فلا يُفسخُ بالعيبِ كالخُلعِ، بخلاف الجَبِّ والعُنَّة؛ لأنَّ الردَّ ثمَّةَ لنُقْصَانِ المهرِ عندهما، فلا يحتمِلُ الفسخَ.

قال: (**فإِنْ كَانَ عنِّينًا: أَجَّلهُ الحَاكِم حَولًا، فإِنْ وصَلَ إِليهَا وإِلَّا فرَّقَ القَاضِي بينَهُمَا إِنْ طَلَبَتْ المَرأَةُ ذَلِكَ**) هكذا رُوي عن عمرَ وعليٍّ وابنِ مسعودٍ[3]، والسَّنةُ المشروطةُ

---

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (٩/ ٣٣٨).

(٢) انظر المصدر السابق.

(٣) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٠٧٢٠)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٦٤٩٢)، والدارقطني في «السنن» (٣٨١١)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٤٢٨٩) عن عمر رضي الله عنه. =

شمسيةٌ أربعةُ فصولٍ، حتى إن كانت لعلَّةٍ ربما تزولُ، وتعتبرُ السنةُ من وقتِ التَّأجيلِ، ثمَّ بعدَ سنةٍ إذا قال: وطِئتُها وهي ثيِّبٌ فالقولُ له، وإنْ كانت بِكراً أو اعترفَ بعدَمِ الوصُولِ إليها، يخيِّرُها القَاضِي بين المُقامِ معه والفراقِ، فإنْ رضيَتْ: سقَطَ حقُّها، وإن اختارَتِ الفراقَ: يفرِّقُ القاضِي بينهما لِما مرَّ، ولأنَّه عجَزَ عن الإمساكِ بالمعروفِ، فوجبَ التَّسرِيحُ بالإحسانِ، وقد امتنعَ عنه الزوجُ، فينوبُ القاضِي منابَه، ووجَبَ لها المهرُ كاملاً، والعِدَّةُ للخلوةِ.

(ك): إذا أقامَتْ بعدَ تخييرِ الحاكمِ، أو أقامَها بعضُ القومِ: بطَلَ خيارُها كالمخيَّرةِ، ولو أقامَتْ بعد مُضِيِّ السَّنةِ مدَّةً: لا يسقُطُ خيارُها، وأيامُ الحيض وشهرُ رمضانَ محتسَبةٌ من المدَّة، وأمَّا أيامُ المرضِ؛ فعن أبي يوسُفَ: إذا كان أقلَّ من نصفِ شهرٍ يُحتسَبُ عليه، وإلَّا: فلا، وفي روايةٍ عنه: إن صَحَّ في السنةِ يوماً أو يومَين يحتسَبُ عليه، وإلَّا: فلا، وعن محمَّدٍ: إذا مرِضَ شهراً أجَّلَ مكانَه شهراً آخرَ، ولو وصلَ إلى غيرِها يؤجَّلُ في حقِّها؛ لأنَّه لا ينفعُها.

(شق): ولو قالت بعد الحَولِ: أنا بِكرٌ، فأخبرَتِ امرأةٌ بعد النظرِ إليها أنَّها بكرٌ: يكفِي، والثنتانِ أوثقُ[1]، وبالوطءِ مرةً: يسقُطُ حقُّها أبداً.

قال: (**والفُرقَةُ: تَطليقَةٌ بَائِنَةٌ**) لأنَّ ضررَها إنما يندفعُ بالبائنِ.

قال: (**ولَهَا كَمالُ المَهرِ**) لما مرَّ.

= ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٠٧٢٥)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٦٤٨٩)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٤٣٠٠) عن علي رضي الله عنه.

ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٠٧٢٣)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٦٤٩٠)، والطبراني في «المعجم الكبير» (٩/ ٣٤٢) (٩٧٠٤) عن ابن مسعود رضي الله عنه.

(١) في (ش): (أحوط).

قال: (وإنْ كَانَ مَجبُوبًا: فَرَّق[1] بينهُمَا فِي الحَالِ ولَمْ يُؤجِّلْهُ) لخلوِّ التَّأجيلِ عن الفائدَةِ.

قال: (والخَصِيُّ: يؤجَّلُ كَمَا يُؤجَّلُ العِنِّينُ) لتصوُّرِ الجماعِ منه، ويقال: أشدُّ الجِماعِ جِماعُ الخصيِّ، ولو علِمَتْ بالعُنَّةِ أو الجَبِّ، ثم تزوَّجَتْه: فلا خيارَ لها.

وإِذَا أَسْلَمَتِ المَرْأَةُ وزَوْجُهَا كَافِرٌ: عَرَضَ عَلَيْهِ القَاضِي الإِسْلَامَ، فَإِنْ أَسْلَمَ: فَهِيَ امْرَأَتُهُ، وإِنْ أَبَى فَرَّقَ بَيْنَهُمَا، وكَانَ ذَلِكَ طَلَاقًا بَائِنًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ().

وَإِنْ أَسْلَمَ الزَّوْجُ وَتَحْتَهُ مَجُوسِيَّةٌ: عَرَضَ عَلَيْهَا الإِسْلَامَ، فَإِنْ أَسْلَمَتْ: فَهِيَ امْرَأَتُهُ، وإِنْ أَبَتْ: فَرَّقَ القَاضِي بَيْنَهُمَا، ولَمْ تَكُنْ الفُرْقَةُ طَلَاقًا، فَإِنْ دَخَل بِها: فَلَها المَهرُ، وإِنْ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا: فَلَا مَهْرَ لَهَا.

قال: (وإِذَا أَسلَمَت المَرأَةُ وزَوجُهَا كَافرٌ: عَرَضَ عَلَيهِ القَاضِي الإِسْلَامَ فإِنْ أَسْلَمَ: فَهِيَ امرَأَتُهُ، وإِنْ أَبَى: فرَّقَ بَينَهُما) وقال الشافعيُّ[2]: إن أسلَمَتْ قبلَ الدخولِ بانتْ في الحالِ، وبعدَ الدخولِ: بعدَ انقضاء مدَّةِ العِدَّة، كما إذا أسلَمَت في دارِ الحربِ، ولنا: أنَّ تغلبيَّةً أسلمَتْ، فقال عمرُ لزوجِها: أسلِمْ وإلا فرَّقتُ بينكما، فأبى ففرَّقَ[3]، وعن ابن عباسٍ[4] مثلُه بمحضَرٍ من الصحابة من غيرِ نكيرٍ، ولأنَّ بالإباءِ فاتَ الإمساكُ بالمعروفِ، فوجبَ التسريحُ بالإحسانِ، وقد امتنعَ الزوجُ عنه، فنابَ القاضِي مَنابَه.

قال: (وكَانَ ذَلِكَ طَلَاقًا بَائِنًا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) لأنَّها فُرقةٌ جاءتْ مِن قبلِ الزَّوجِ.

---

(١) في (ج): «فرق القاضي».

(٢) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (٩/ ٣٣٠).

(٣) رواه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٥٢٦٩).

(٤) روى الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٥٢٦٧) عن ابن عباس، في اليهودية والنصرانية، تكون تحت النصراني أو اليهودي، فتسلم هي، قال: يفرق بينهما، الإسلام يعلو ولا يعلى عليه.

قال: (وإنْ أَسْلَمَ الزَّوجُ وتحتَهُ مَجُوسيَّةٌ عَرَضَ عليهَا الإِسلَامَ؛ فإنْ أَسلَمَتْ: فَهِيَ امرَأتُهُ، وإنْ أَبَتْ: فَرَّق القَاضِي بينَهُما) لما مرَّ.

قال: (ولَمْ تَكُنْ الفُرْقَةُ طَلَاقًا) وقال أبو يوسُفَ: هذه الفرقةُ ليسَتْ بطلاقٍ في الوجهَين؛ لأنَّه أمرٌ يشترِكُ فيه الزوجان، فلا يكونُ طلاقاً كالفُرقةِ بسببِ المِلك، وقال محمدٌ: هي طلاقٌ في الوجهَين كالفُرقةِ باللِّعان، وقال أبو حنيفةَ: هي طلاقٌ بإباء الزوجِ دونَ إبائها؛ لأنَّ الزوجَ يملِكُ الطلاقَ دونَها.

قال: (فإنْ دَخَل بِها: فَلَها المَهرُ) لتأكُّدِه بالدُّخولِ.

قال: (وإنْ لَم يَكُنْ دَخلَ بِها: فَلَا مَهرَ لَهَا) لأنَّ الفُرقةَ من قبَلِها فأشبهَ الرِّدةَ، فيسقُطُ قبلَ تأكُّدِه.

وإنْ أَسْلَمَت المَرْأَةُ فِي دَارِ الحَرْبِ: لَمْ تَقَعْ الفُرْقَةُ عَلَيْهَا حَتَّى تَحِيضَ ثَلَاثَ حِيَضٍ، فَإِذَا حَاضَتْ: بَانَتْ مِنْ زَوْجِهَا، وَإِذَا أَسْلَمَ زَوْجُ الكِتَابِيَّةِ: فَهُمَا عَلَى نِكَاحِهِمَا، وإِذَا خَرَجَ أَحَدُ الزَّوجَيْنِ إِلَيْنَا مِنْ دَارِ الحَرْبِ مُسْلِمًا: وَقَعَتْ البَيْنُونَةُ بَينَهُمَا، وإِنْ سُبِيَ أَحَدُهُمَا: وَقَعَتْ البَيْنُونَةُ، وإِنْ سُبِيَا مَعًا: لَمْ تَقَع البَيْنُونَةُ، وَإِذَا خَرَجَتِ المَرْأَةُ إِلَيْنَا مُهَاجِرَةً: جَازَ أَنْ تَتَزَوَّجَ، وَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، فَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا: لَمْ تَتَزَوَّجْ حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا.

قال: (وإنْ أَسلَمَت المَرأَةُ فِي دَارِ الحَربِ: لَم تقَعِ الفُرقَةُ عَلَيهَا حتَّى تَحِيضَ ثَلَاثِ حِيضٍ فإِذَا حَاضَتْ بَانَتْ مِن زَوجِهَا) لأنَّ الإسلامَ ليسَ بسببٍ للفُرقةِ[1]، والعرضُ على الإسلامِ متعذِّرٌ لفقدِ ولايةِ الحاكمِ ثمَّةَ، ولا بدَّ من الفُرقةِ دفعاً للفسادِ، فأقَمْنا شرطَها ـ وهي: مضيُّ الحيضِ ـ مَقامَ السببِ، كما في حفرِ البئرِ، ولا فرقَ بين المدخولِ

---

(١) في (م): (لأنَّه مصحح للعقد فلا يبطل به النكاح)

بها وغيرِها، والشافعيُّ[1] يفصِلُ كما مرَّ في دارِ الإسلامِ، ولا عِدَّةَ عليها بعدَها عندَ أبي حنيفةَ خلافاً لهُما في المدخُولِ بها.

قال: (**وإِذَا أَسلَمَ زَوجُ الكتَابيَّةِ فَهُمَا عَلى نِكَاحِهِمَا**) لأنَّه يصِحُّ النِّكاحُ بينهُما ابتداءً، فالبقاءُ أَولى.

قال: (**وإِذَا خَرَجَ أَحدُ الزَّوجَينِ إلَينَا مِن دَارِ الحَربِ مُسلِمًا: وقَعَت البَينُونَة بَينهُمَا**) خلافاً للشافعيِّ[2].

قال: (**وإِنْ سُبِيَ أَحدُهُمَا وقَعَت البَينُونَةُ، وإِنْ[3] سُبِيا معًا: لَم تَقَعِ البَيْنُونَةُ**) وقال الشافعيُّ[4]: تقعُ، فالحاصلُ أنَّ سببَ البينونةِ هو التباينُ دونَ السَّبي عندنا، وعندَه على عكسِه؛ لأنَّ أثرَ التبايُنِ انقِطاعُ الولايةِ، وذلك لا يؤثِّرُ في الفُرقةِ، كالحربيِّ المستأمَنِ والمسلمِ المستأمَن، أمَّا السبيُ فيقتَضِي الصفاءَ والخلوصَ للسابي، وذلك بانقطاعِ مِلكِ البُضعِ، فلهذا يسقُطُ الدَّينُ عن ذمَّةِ المسبيِّ، ولنا أنَّ مع التبايُنِ حقيقةً وحُكماً لا تنتظِمُ المصالحُ، فشابَهَ المحرَميَّةُ، والسبيُ يفيدُ مِلكَ الرقبةِ، وإنَّه لا يُنافي النِّكاحَ ابتداءً وبقاءً كالشراءِ، والمستأمَنُ لم يُباينَ الدارَ حكماً لقصدِ الرُّجوعِ.

قال: (**وإِذَا خَرَجَتِ المَرأَةُ إلينَا مُهَاجِرةً: جَازَ أَنْ تتزَوَّجَ، ولَا عدَّةَ عَلَيهَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ**) وقالا: عليها العدَّةُ؛ لأنَّ الفُرقةَ وقعَتْ بعدَ الدُّخولِ في الإسلامِ: فيلزَمُها حُكمُه، وله قولُه تعالى في المهاجرات: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ ...﴾ [الممتحنة: ١٠]، ولأنَّ العِدَّةَ وجبتَ إظهاراً لخطَرِ النِّكاحِ، ولا خطَرَ لمِلكِ الحربيِّ.

---

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (٩/ ٢٥٨).

(٢) انظر المصدر السابق.

(٣) في(ش): (ولو).

(٤) انظر: «الحاوي الكبير» (٩/ ٢٦١).

قال: (وإنْ كَانَتْ حَاملًا: لَم تتزَوَّجْ حتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا[١]) وعن أبي حنيفةَ أنَّه يصِحُّ النِّكاحُ ولا يقرَبُها حتى تضعَ كالحاملِ من الزِّنى، وجهُ الأولُ أنَّ فراشَها لمَّا ظهرَ في حقِّ النسَبِ يظهرُ في المنعِ من النِّكاحِ احتياطاً، وقال عليه السلام: «ألَا لا توطَأُ حاملٌ حتَّى تضَعَ»[٢].

وَإِذَا ارْتَدَّ أَحَدُ الزَّوجَينِ عَنِ الإِسْلَامِ: وَقَعَتْ البَيْنُونَةُ بَيْنَهُمَا، وكَانَتْ فُرْقَةً بِغيْرِ طَلَاقٍ، فَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ هُوَ المُرْتَدُّ، وقَدْ دَخَلَ بِهَا: فَلَهَا المَهْرُ، وإِنْ لَم يكَنْ دَخَلَ بِهَا: فَلَهَا نصْفُه، وإِنْ كَانَتِ المَرْأَةُ هِيَ المُرتَدَّةُ قَبْلَ الدُّخُولِ: فَلَا مَهْرَ لَهَا، وإِنْ كَانَتِ الرِّدَّةُ بَعدَ الدُّخولِ: فَلَهَا المهرُ، وَإِنْ ارْتَدَّا مَعًا وَأَسْلَمَا مَعًا: فَهُمَا عَلَى نِكَاحِهِمَا، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتزَوَّجَ المُرْتَدُّ مُسْلِمَةً، وَلَا كَافِرَةً، وَلَا مُرْتَدَّةً، وَكَذَلِكَ المُرْتَدَّةُ لَا يَتَزَوَّجُهَا مُسْلِمٌ، وَلَا كَافِرٌ، وَلَا مُرْتَدٌّ.

وَإِذَا كَانَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مُسْلِمًا: فَالْوَلَدُ عَلَى دِينِهِ، وكَذلِكَ إنْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا، وَلَهُ وَلَدٌ صَغِيرٌ: صَارَ وَلَدُهُ مُسْلِمًا بِإِسْلَامِهِ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُ الأَبَوَيْنِ كِتَابِيًّا، وَالآخَرُ مَجُوسِيًّا: فَالوَلَدُ كِتَابِيٌّ.

وإِذَا تَزَوَّجَ الكَافِرُ بِغَيْرِ شُهُودٍ، أَوْ فِي عِدَّةِ كَافِرٍ، وذَلِك فِي دِينِهِم: جَائِزٌ، ثُمَّ أَسْلَمَا: أُقِرَّا عَلَيْهِ، وَإِنْ تَزَوَّجَ المَجُوسِيُّ أُمَّهُ، أَوْ بِنْتَه، ثُمَّ أَسْلَمَا فُرِّق بَيْنَهُمَا.

قال: (وإذَا ارتَدَّ أَحَدُ الزَّوجَينِ عَنِ الإِسلَامِ ـ والعياذُ باللهِ ـ: وقَعَتِ البَينُونَةُ بَينهُمَا، وكَانَتْ فُرقَةً بغَيرِ طَلَاقٍ) وقال محمدٌ: إنْ كانت الرِّدَّةُ من قبَلِ الزوجِ كانَ طلاقاً كالإباءِ، وأبو يوسُفَ مرَّ على أصلِه في الكلِّ، وأبو حنيفَةَ فرَّقَ بينَ الإباءِ والرِّدةِ؛ لأنَّ الرِّدةَ مُنافِيةٌ

---

(١) في (ش) زيادة: «لأنَّه ثابت النسب».

(٢) رواه أبو داود (٢١٥٧)، وأحمد في «مسنده» (١١٥٩٦)، والدارمي في «السنن» (٢٣٤١) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، وانظر: «نصب الراية» (٤/ ٢٥٢).

للنِّكاحِ؛ لأَنَّها مُنافيةٌ لعِصْمةِ الأملاكِ، والطَّلاقُ رافعٌ للنكاحِ، فتعذَّرَ أنْ يُجعَلَ طلاقاً بخلافِ الإباءِ؛ فإنَّه يفوتُ به الإمساكُ بالمعروفِ، فيجبُ التسريحُ بالإحسانِ على ما مرَّ، ولهذا تتوقَّفُ الفُرقةُ بالإباءِ على القضاءِ دونَ الفُرقةِ بالرِّدةِ.

قال: (**فإِنْ كَانَ الزَّوجُ هُوَ المُرتَدُّ وقَد دَخَلَ بِها: فَلَهَا المَهرُ**) لتأكُّدِه بالدُّخولِ.

قال: (**وإِنْ لَم يكَنْ دَخَلَ بِهَا: فَلَهَا نصْفُه، وإِنْ كَانَتِ المَرْأَةُ هِيَ المُرتَدَّةُ قَبلَ الدُّخُولِ: فَلا مَهرَ لَهَا**) ولا نفقَةَ أيضاً؛ لأنَّ الفُرقةَ جاءت من قبَلِها، فكانَ في معنى الفسخِ.

قال: (**وإِنْ كَانَتِ الرِّدَّةُ بَعدَ الدُّخُولِ: فَلَهَا المَهرِ**) لِما مرَّ.

قال: (**وإِن ارتَدَّا معًا وأَسلَمَا مَعًا: فَهُما عَلَى نِكَاحِهِمَا**) استِحسَاناً، وقال زُفرُ: بطَلَ كارتدادِ أحدِهمَا، ولنَّا ما رويَ: أنَّ بني حنيفَةَ ارتدُّوا ثمَّ أسلمُوا، ولم يأمُرْهم أبو بكرٍ ولا الصَّحابةُ بتَجْديدِ النِّكاحِ[1]، وكان ارتِدادُهم معاً لجهالةِ التَّاريخِ.

(ه)[2]: ولو أسلَمَ أحدُهمَا بعدَ ارتدَادِهما: فسدَ النِّكاحُ؛ لإصرارِ الآخَرِ على الرِّدةِ كالابتداءِ.

قال: (**ولَا يَجُوزُ أَنْ يتزوَّجَ المُرتَدُّ مُسلِمةً ولَا كَافرَةً ولَا مُرتَدَّةً، وكَذلِكَ المُرتَدَّةُ: لَا يتزوَّجُهَا مُسلِمٌ ولَا كَافِرٌ، ولَا مُرتَدٌّ**) لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ...﴾ [البقرة: ٢٢١]، ولِما مرَّ أنَّ الرِّدةَ تُنافِي عصمَةَ الأملاكِ، فلأنْ يمنعَ ثبُوتَها أَولى.

قال: (**وإِذَا[3] كَانَ أَحَدُ الزَّوجَينِ مُسلِمًا: فالوَلَدُ عَلى دِينِهِ، وكَذلِكَ إِنْ أَسلَمَ أَحدُهُمَا، ولَهمَا ولَدٌ صَغِيرٌ صَارَ ولَدُه مُسلِمًا بِإسلَامِهِ**) لقولِهِ عليه السَّلامُ: «كلُّ

(١) قال ابن حجر في «الدراية في تخريج أحاديث الهداية» (٢/ ٦٦): هو مأخوذ بالاستقراء.

(٢) انظر: «الهداية» (١/ ٢١٥).

(٣) في (ش): «فإن».

مولـودٍ يولَـدُ علـى الفطـرةِ، فأبَـواه يهوِّدانِـه ويمجِّسـانِه وينصِّرانِـه»[١] فبيَّـنَ أنَّ الفرعَ يتبَـعُ الأصـلَ فـي الديـنِ، فـإذا أسـلمَ أحدُهمـا فقـد اعتضَـدَ الموجـبُ للتَّبعيَّـةِ فـي الإسـلامِ بالفِطْـرةِ الأصليَّـةِ، فيترجَّحُ.

قـال: (**وإنْ كَانَ أحَـدُ الأَبَويـنِ كِتَابيًّـا والآخَـرُ مجُوسـيًّا: فَالوَلَدُ كتَابـيٌّ**) لحديثِ عمـرَ رضـي الله عنـه: الولـدُ يتبَـعُ خيـرَ الأبوَيـن دينـاً[٢]، وعنـدَ الشَّـافعيِّ[٣]: هو على ديـنِ أبيـهِ كالعقلِ.

قال: (**وإذَا تزَوَّجَ الكَافِرُ بِغَير شُهُودٍ، أَو فِي عدَّةِ كَافرٍ، وذَلِك فِي دِينِهم**[٤]**: جَائزٌ، ثُمَّ أَسلَمَا: أُقِرَّا عَلَيهِ**) وقال زُفرُ: النِّكاحُ فاسدٌ فيهما للنُّصوصِ، لكن لا يُتعرَّضُ لهم قبلَ الإسلامِ والمرافعَةِ للذِّمَّةِ، وقال أبو يوسُفَ ومحمدٌ: يصِحُّ في الأوَّل دونَ الثاني؛ لأنَّ نكاحَ المعتدَّةِ باطلٌ بالإجماعِ دونَ النِّكاحِ بغيرِ شهودٍ؛ لأنَّه مختلَفٌ فيه، وأهلُ الذِّمَّةِ التزَمُوا أحكامَنا المجمَعةِ بالعقدِ دونَ الاختلافاتِ، ولأبي حنيفةَ أنَّ الحرمَةَ بالعِدَّة تعذَّرَ إثبَاتُها حقًّا للشرعِ؛ لأنَّهم لا يُخاطَبونَ بحقُوقِه، ولا حقًّا للزوجِ لأنَّ الزَّوجَ لا يعتقِدُها[٥] أصلاً، بخلافِ ما إذا كانت تحتَ مسلمٍ؛ لأنَّ المسلمَ يعتقِدُه، ولأنَّ الصَّحابةَ فتحُوا بلادَ فارسَ وغيرَها وأسلَمُوا، ولـم يتعرَّضُوا لأنكحتِهم.

قال: (**وإنْ تَزوَّجَ المَجُوسِيُّ أمَّهُ أَو بِنتَه ثُمَّ أَسلَمَا: فرَّقَ بَينَهُما**) لأنَّ نكاحَ المحارمِ له حُكمُ البُطلانِ فيما بينهُم عندَهما كما مرَّ في العِدَّة، ووجَبَ التعرُّضُ بالإسلامِ

---

(١) رواه البخاري (١٣٥٩)، ومسلم (٢٦٥٨) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) لم أقف عليه.

(٣) في المذهب تفصيل، انظره في «الحاوي الكبير» (١٤/ ٣١١).

(٤) في (ش): «ملتهم».

(٥) في (ج): «يعقدها».

فيُفرَّقُ، وعندَه: لها حكمُ الصِّحَّةِ إلا أنَّ المحرميَّةَ تُنافِي بقاءَ النِّكاحِ، فيُفرَّقُ، بخلافِ العِدَّة؛ لأنَّها لا تُنافِيهِ كالمنكُوحةِ إذا وُطئتْ بشُبهةٍ.

وإنْ كَانَ لِلرَّجُلِ امْرَأَتَانِ حُرَّتَانِ: فَعَلَيْهِ أَنْ يَعْدِلَ بَيْنَهُمَا فِي القَسْمِ، بِكْرَيْنِ كَانَتَا أَوْ ثَيِّبَيْنِ، أَوْ إِحْدَاهُمَا بِكْرًا، والأُخْرَى ثَيِّبًا، وإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا حُرَّةً، والأُخْرَى أَمَةً: فلِلْحُرَّةِ الثُّلُثَانِ مِن القَسْمِ، ولِلأَمَةِ الثُّلُثُ ولَا حَقَّ لَهُنَّ فِي القَسْمِ فِي حَالِ السَّفَرِ، يُسافِرُ الزَّوجُ بِمَنْ شَاءَ مِنهُنَّ، والأَوْلَى أَنْ يُقْرِعَ بَينَهُنَّ، فيُسَافِرَ بمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهَا، وإِذَا رَضِيَتْ إِحْدَى الزَّوْجَاتِ بِتَرْكِ قَسْمِهَا لِصَاحِبَتِهَا: جَازَ، وَلَهَا أَنْ تَرْجِعَ فِي ذَلِكَ.

قال: (**وإنْ كَانَ للرَّجُلِ امرأَتَانِ حُرَّتانِ: فَعَلَيهِ أَنْ يَعدِلَ بَينَهُما فِي القَسْمِ بِكرَينِ كَانتَا أَو ثَيِّبَيْن، أَو كَانَتْ إحدَاهُمَا بِكرًا، والأُخرَى ثَيِّبًا**) وكذا الكتابيَّةُ والمسلِمةُ؛ لقوله عليه السلام: «مَن كانَ له امرأتانِ فمالَ إلى إحداهما في القَسْمِ جاءَ يومَ القيامة وشِقُّه مائلٌ»[1] وقالت عائشةَ: كان النبيُّ يعدِلُ في القسمِ بين نسائه، وكان يقولُ: «اللهمَّ هذا قَسْمي فيما أملِكُه، فلا تؤاخِذْني فيما لا أملِكُ»[2] ولأنَّهنَّ استوَينَ في سببِ الاستحقاقِ، فيستَوِينَ في الاستحقاقِ.

(هـ)[3]: والاختيارُ في مقدارِ الدَّورِ إلى الزوجِ؛ لأنَّ المستحَقَّ هو التسويةُ دونَ طريقِ التسويةِ، والتسويةُ في البيتوتةِ لا في المجامَعةِ؛ لأنَّها تُبنى على النشاطِ.

---

(١) رواه أبو داود (٢١٣٣)، والترمذي (١١٤١)، والنسائي (٣٩٤٢)، وابن ماجه (١٩٦٩) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه. وانظر: «نصب الراية» (٣/ ٢١٤).

(٢) رواه أبو داود (٢١٣٤)، والترمذي (١١٤٠)، والنسائي (٣٩٤٣)، وابن ماجه (١٩٧١)، وانظر: «نصب الراية» (٣/ ٢١٤).

(٣) انظر: «الهداية» (١/ ٢١٦).

قال: (**وإنْ كَانَتْ إحدَاهُمَا حرَّةً والأُخرَى أمَةً: فَللحُرَّة الثُّلثانِ مِن القَسمِ، وللأَمَة الثُّلُثُ**) لقولِه عليه السلام: «للحُرَّةِ ليلتانِ، وللأمَةِ ليلةٌ»[١] والمكاتَبةُ والمدبَّرةُ وأمُّ الولدِ بمنزلةِ الأمَةِ لقيامِ الرِّقِّ فيهنَّ.

قال: (**ولَا حقَّ لهُنَّ فِي القَسمِ فِي حَالِ السَّفرِ يُسافِرُ الزَّوجُ بِمَنْ شَاء مِنهُنَّ، والأَولَى أَن يُقرِعَ بَينهُنَّ: فيُسافِرَ بِمَنْ خرجَتْ قُرْعَتُها**) نفياً للتُّهمَةِ، وقال الشافعيُّ[٢]: القُرْعةُ مستحَقَّةٌ؛ لأنَّه عليه السلام كان إذا أرادَ سفراً أقرَعَ بينَ نسائِه[٣] لكنَّا نقول: القُرْعةُ لتَطييبِ قلوبُهنَّ؛ فيكون من بابِ الاستحبابِ؛ لأنَّه لا حقَّ لهنَّ في السَّفرِ؛ لأنَّ له أنْ لا يستَصْحِبَ واحدةً منهنَّ، فله أنْ يُسافرَ بواحدةٍ منهنَّ، ولا يُحتسَبُ عليه بتلكَ المدَّةِ.

قال: (**وإذَا رَضِيَتْ إحدَى الزَّوجَاتِ بِتَركِ قَسْمِها لصَاحِبَتهَا: جَازَ**) لأنَّه عليه السلامُ طلَّقَ سَودةَ بنتَ زمعةَ، فسألت أن يُراجِعَها وتجعَلَ قَسمَها لعائشةَ، فراجَعَها وجعَلَ قَسْمَها لعائشةَ[٤].

---

(١) ذكره ابن منده في «معرفة الصحابة» (ص: ١٩٨)، وأبو نعيم في «معرفة الصحابة» (٩٢٥) من حديث الأسود بن عويم رضي الله عنه، وفي سنده علي بن قرين، قال ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٣/ ٤٠٩): علي بن قرين كذاب.

(٢) انظر: «الحاوي الكبير» (٩/ ٥٩١).

(٣) رواه البخاري (٥٢١١)، ومسلم (٢٤٤٥) عن عائشة رضي الله عنها.

(٤) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٢١٦): أنه عليه السلام طلق سودة، لم نجد ذلك في الحديث، ثم ذكر ما جاء عن عائشة، أنها قالت: ما رأيت امرأة أحب إلي أن أكون في مسلاخها من سودة بنت زمعة، من امرأة فيها حدة، قالت: فلما كبرت، جعلت يومها من رسول الله ﷺ لعائشة، قالت: يا رسول الله، قد جعلت يومي منك لعائشة، فكان رسول الله ﷺ، يقسم لعائشة يومين، يومها ويوم سودة.

رواه البخاري (٥٢١٢)، ومسلم (١٤٦٣) واللفظ لمسلم.

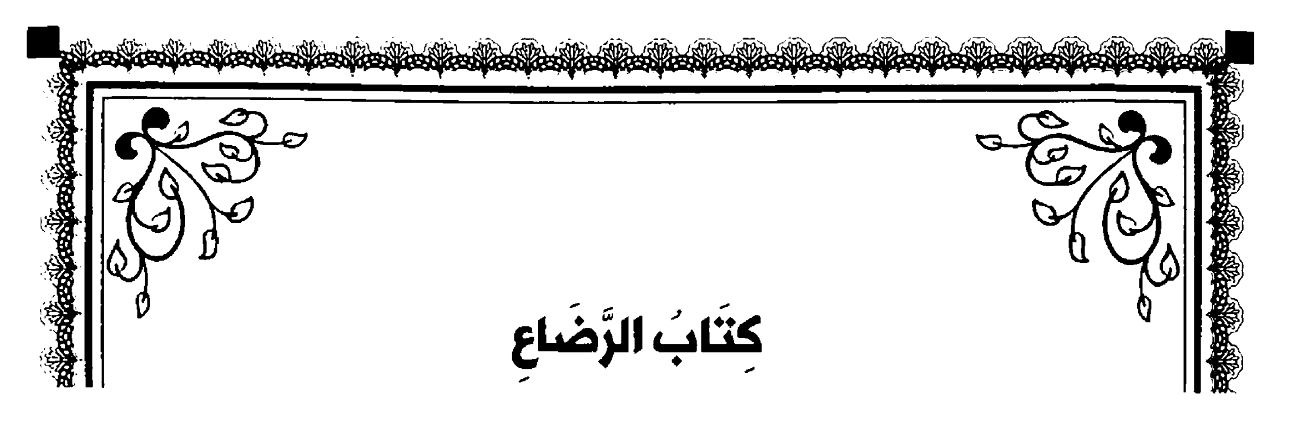
قال: (**ولَهَا أَنْ تَرجِعَ فِي ذَلِكَ**) لأنَّها أسقطَتْ حقًّا لم يجِبْ بعدُ، فلا يسقُطُ.

(**ك**): ولو تشاغلَ الزوجُ بالصَّومِ والصَّلاةِ أو بالأَمَةِ عن المرأةِ قسَمَ لامرأتِه من كلِّ أربعةِ أيامٍ يوماً، ومن كلِّ أربعِ ليالٍ ليلةً عندَ أبي حنيفَةَ؛ لأنَّ له أنْ يسقِطَ حقَّها عن ثلاثةِ أيامٍ بتزوُّجِ ثلاثٍ سواهَا، فكذا بالصِّيامِ والقيامِ والإماءِ، وإنه مرويٌّ عن عمرَ[1]، وعن الرَّازيِّ: ليسَ هذا مذهبَنا؛ لأنَّ القسْمَ إنما يكونُ بمشارَكةِ الزَّوجاتِ، وقيل: لا بل مذهبُنا رواه محمَّدٌ عن أبي حنيفةَ.

* * *

---

(١) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٢٥٨٨).



كِتَابُ الرَّضَاعِ

قَلِيلُ الرَّضَاعِ وَكَثِيرُهُ إِذَا حَصَلَ فِي مُدَّةِ الرَّضَاعِ: تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ، وَمُدَّةُ الرَّضَاعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: ثَلَاثُونَ شَهْرًا، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: سَنَتَانِ، وَإِذَا مَضَتْ مُدَّةُ الرَّضَاعِ: لَمْ يَتَعَلَّقْ بِالرَّضَاعِ تَحْرِيمٌ، وَيَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ، إِلَّا أُمَّ أَخِيهِ مِنَ الرَّضَاعِ؛ فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يتزوَّجها، ولَا يَجُوزُ أَنْ يتزوَّجَ أُمَّ أَخِيهِ مِنَ النَّسَبِ، وأُختَ ابنِهِ مِنَ الرَّضَاعِ: يَجُوزُ أَن يَتزوَّجَها، ولَا يَجُوزُ أَنْ يتزَوَّجَ أُخْتَ ابنِهِ مِن النَّسَبِ، وامرأَةَ ابنِهِ مِنَ الرَّضَاعِ: لَا يجُوزُ أَنْ يتزوَّجَهَا، كَما لَا يجُوزُ أَنْ يتزوَّجَ امرأَةَ ابنِهِ مِن النَّسَبِ.

كتابُ الرَّضاعِ

بسم الله الرحمن الرحيم

اعلم أنَّ حُرمةَ الرَّضاعِ تثبُتُ: بالكتابِ، والسنَّةِ، وإجماعِ الأمَّة.

أمَّا الكتابُ: فقولُه تعالى في عدادِ المحرَّماتِ: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء: ٢٣].

وأمَّا السنَّةُ فقولُه عليه السَّلامُ: «يحرُمُ من الرَّضاعِ ما يحرُمُ من النَّسَبِ»[1].

---

(١) رواه البخاري (٢٦٤٥)، ومسلم (١٤٤٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما، وعند مسلم: «من الرحم» بدل: «من النسب». ورواه البخاري (٢٦٤٦)، ومسلم (١٤٤٥) من حديث عائشة رضي الله عنها، واللفظ لمسلم.

وأمَّا الإجماعُ فظاهرٌ.

ثمَّ قالَ المصنِّفُ: **(قَليلُ الرَّضاعِ وكَثيرُهُ إذَا حَصَلَ فِي مدَّةِ الرَّضَاعِ: تَعلَّق بِهِ التَّحرِيمُ)** وقال الشافعيُّ[1]: لا يثبُتُ التَّحريمُ إلَّا بخمسِ رضَعاتٍ، وقال نُفاةُ القياسِ: بثلاثٍ[2]؛ لقوله عليه السلام: «لا تحرُمُ المَصَّة ولا المَصَّتانِ، ولا الإمِلاجةُ ولا الإمِلاجَتانِ»[3]، وللشافعيِّ حديثُ سَهْلَةَ بنتِ سُهيلٍ حين سألَتْ منه عليه السلام أن يصيرَ سالمٌ مَحرَماً لها، فقال: «أرضِعيه خمسَ رضَعاتٍ»[4]. قلتُ: وعند الشافعيِّ[5] لا يكفِي خمسُ رضَعاتٍ حتى تكونَ كلُّ واحدةٍ منها مشبِعةً، ولنا: ما روِّينا من الكتابِ والسنَّةِ من غيرِ فصلٍ، وعن عليٍّ رضي الله عنه: تحرِّمُ الجُرعةُ من الرَّضاعَةِ، كما يحرِّمُ الحَولانِ[6]، وما رواه الشافعيُّ منسوخٌ أو مردودٌ بما روَينا، على أنَّ الحكمَ لم يتعلَّقْ بالمصَّتَين ولا الإملاجتَين لجوازِ حصُولِهما وعدمِ وصولِ اللبنِ إلى جوفِ الصبيِّ لضَعفِه، أو لقلَّةِ اللبنِ وصلابةِ الثديِ، ومذهبُنا مذهبُ عليٍّ وابنِ عباسٍ وابن مسعودٍ وابنِ عمرَ رضي الله عنهم[7]، وكونُه في مدَّة الرَّضاعِ شرطٌ لما يأتي.

---

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (١١/ ٣٦٩).

(٢) وكذلك ذكره الماوردي في «الحاوي الكبير» (١١/ ٣٦١) عن داود الظاهري.

إلا أن ابن حزم قال في «المحلى بالآثار» (١٠/ ١٨٩): لا يحرم من الرضاع إلا خمس رضعات، فالله أعلم.

(٣) رواه مسلم (١٤٥١) مفرقاً في حديثين من حديث أم الفضل رضي الله عنها.

(٤) رواه أبو داود (٢٠٦١)، وأحمد في «مسنده» (٢٥٦٥٠) عن عائشة رضي الله عنها.

وأصله عند البخاري (٤٠٠٠)، ومسلم (١٤٥٣).

(٥) قال الشافعي: فإذا رضع في مرة منهن ما يعلم أنه وصل إلى جوفه ما قل منه وما كثر فهي رضعة، انظر: «الحاوي الكبير» (١١/ ٣٧١).

(٦) قال القدوري في «التجريد» (١٠/ ٥٣٤٩): ذكره الحسن بن سفر في «مسنده» عن زاذان عن علي كرم الله وجهه.

(٧) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٣٩٢٤)، والطبراني في «المعجم الكبير» (٩/ ٣٤١) (٩٦٩٨)، =

قال: (ومدَّةُ الرَّضَاعِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ ثَلاثُونَ شَهرًا، وقَالَ أَبُو يُوسُفَ ومُحمَّدٌ: سَنتَانِ) وبه الشافعيُّ[1]، وقال زُفرُ: ثلاثةُ أحوال؛ لأنَّه لمَّا ثبتَ حكمُه في أولِ الثالثِ لدليلِ أبي حنيفةَ ثبتَ حُكمُه في آخِرِه كالحَولَين.

ولهمَا قوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وقوله تعالى: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤]، وقوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥]، وأدنى مدَّةِ الحمْلِ: ستةُ أشهرٍ، فيبقَى مدةُ الرَّضاعِ سنتانِ، ولأبي حنيفةَ قولُه تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ إلى أن قال: ﴿فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ﴾ [البقرة: ٢٣٣] أثبتَ الفصالَ بعد الحولَين بتراضِيهما، وهذا يدلُّ على عدمِ وقوعِه قبلَ تراضِيهما، وهو مختلَفٌ فيه، ثمَّ قال: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوٓا۟ أَوْلَٰدَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، ونفى الجُناحَ عن الاسترضَاعِ بعدَ الحولَين، وأمَّا قولُه تعالى: ﴿يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾، وقوله تعالى: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ﴾، ليس هو الفصالَ في حقِّ التَّحريمِ، إنما هو في وجُوبِ النفقَةِ على الأبِ، وعندِي: لا تجبُ نفقةُ إرضَاعِها بعدَ الحولَين إذا اختارَتْ الإرضاعَ، ويجوزُ الفِصَالُ قبلَ الحولَين باتِّفاقِهما على أنَّ هذا تقديرُ مدَّةِ وجوبِ إرضاعِ الأمِّ ديانةً لا مدَّةِ التحريمِ، وأمَّا قوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] فهو حجَّةٌ لأبي حنيفةَ؛ لأنَّ المرادَ بالحملِ الحملُ باليدِ على ما ذهبَ إليه صاحب «الكشَّاف»[2] لأنَّ الحملَ في البطن ذُكِر قبلَه

= والدارقطني في «السنن» (٤٣٥٥) عن علي، وابن مسعود رضي الله عنهما.

رواه الطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (١١/ ٤٩٢)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٥٦٤٥) عن ابن عباس رضي الله عنهما. رواه ابن الجعد في «مسنده» (٢٦١٤)، والمروزي في «السنة» (٣٠٩)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٥٦٤٤) عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(١) انظر: «بحر المذهب» (١١/ ٤٠٠).

(٢) لم أقف عليه في «الكشاف».

بقوله تعالى: ﴿حَمَلَتْهُ أُمُّهُۥ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا﴾ [الأحقاف: ١٥] وضُربَ للحمْلِ باليدِ والفِصالِ ثلاثون شهراً، فينقضي الأجلان بأجلٍ واحدٍ.

على أنَّ أغذيةَ الصِّبيانِ ثلاثةٌ بحسَبِ أحوالِ الصبيانِ، فغذاءُ الجنين الدمُ، وغذاءُ الرضيعِ اللبنُ، وغذاءُ الفطيمِ الطعامُ، وحرمةُ الرَّضاعِ معلَّلةٌ بالبعضيَّةِ لأنَّ شربَ اللبنِ في مدَّتِه يُنبتُ اللَّحمَ وينشُرُ العظمَ على ما دلَّ عليه الحديث: «الرَّضاعُ ممَّا ينبِتُ اللَّحمَ وينشُزُ العظمَ»(١) ولا يتغيَّرُ طبعُه بعدَ الحولَين عن غذاءٍ إلى غذاءٍ بيومٍ أو يومَين، فأبو حنيفةَ قدَّرَ ذلك بستةِ أشهرٍ؛ لأنَّ طبْعَ السنة يتغيَّرُ من الحرِّ إلى البردِ، ومن البردِ إلى الحرِّ في ستَّة أشهرٍ.

قال: (وإذَا مَضتْ مُدَّة الرَّضَاعِ: لَمْ يتعلَّقْ بالرَّضَاعِ تَحرِيمٌ) لحديثِ جابرٍ عن النبيِّ عليه الصَّلاة والسَّلام أنَّه قال: «لا رَضاعَ بعدَ فِصَالٍ، ولا يُتمَ بعدَ حُلمٍ، ولا صمْتَ يومٍ إلى الليلِ بغيرِ كلامٍ، ولا وصَالَ في صيامٍ، ولا طلاقَ إلَّا بعدَ النِّكاحِ، ولا عِتْقَ إلَّا بعدَ مِلكٍ... » الحديثَ(٢)، وهل يُباحُ الإرضاعُ بعدَ المدَّة؟ قيل: لا يُباح.

(ك): إذا فُطمَ(٣) قبلَ ثلاثين شهراً ثم أُرضِعَ، هل يكونُ رَضاعاً؟ عندَ أبي حنيفةَ: فيه روايتان، وقيلَ: إذا استغنَى بالطعامِ ففُطمَ ثم أُرضِعَ: لا يكونُ رَضاعاً، وإلَّا: فرَضاعٌ.

قال: (ويحرُمُ مِن الرَّضَاعِ مَا يَحرُمُ مِن النَّسَبِ) وهذا لفظُ الحديثِ الذي مرَّ(٤).

---

(١) رواه أبو داود (٢٠٦٠)، وأحمد في «مسنده» (٤١١٤) من حديث ابن مسعود رضي الله عنه.

(٢) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٥٩١٩)، وأبو داود الطيالسي في «مسنده» (١٨٧٦)، والحارث في «مسنده» (٣٥٧)، وابن عدي في «الكامل» (٣/ ٣٨٤)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٤٨٨٠) بنحوه، وفي سنده حرام بن عثمان، ونقل ابن عدي عن الشافعي وابن معين أنهما قالا: الرواية عن حرام حرام. وانظر: «البناية شرح الهداية» (٥/ ٢٦٣).

(٣) في (ج): «أفطم».

(٤) تقدم قريباً.

قال: (إلَّا أمَّ أَخِيهِ مِنَ الرَّضَاعِ؛ فإنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يتزوَّجها، ولَا يَجُوزُ أَنْ يتزوَّجَ أمَّ أَخِيهِ مِنَ النَّسَبِ) وفي بعضِ النُّسخِ: «إلا أمَّ أختِه»، وكلاهما واحدٌ؛ لأنَّها من النَّسبِ أمُّه أو مَوطوءةُ أبيه، بخلافِ الرَّضاعِ لانتفاءِ الأمرَين.

قال: (وأُختَ ابنِهِ مِن الرَّضَاعِ: يَجُوز أَن يَتزوَّجها، ولَا يَجُوزُ أَنْ يتزَوَّجَ[1] أُخْتَ ابنِهِ مِن النَّسَبِ) لأنَّها رَبيبتُه، وفي الرَّضاع أجنبيةٌ.

قال: (وامرأَةَ ابنِهِ مِن الرَّضَاعِ: لَا يجُوزُ أَنْ يتزوَّجَهَا، كَما لَا يجُوزُ أَنْ يتزوَّجَ امرأَةَ ابنِهِ مِن النَّسَبِ) لِما مرَّ من الحديثِ.

(ك): وإذا طلَّقَ امرأتَه قبلَ الدُّخولِ لا يتزوَّجُ أمَّها من الرَّضاعِ، وله أنْ يتزوَّجَ بنتَها من الرَّضاعِ، كما في النَّسبِ.

وَلَبَنُ الْفَحْلِ يَتعَلَّقُ بِهِ التَّحْرِيمُ، وَهُوَ: أَنْ تُرْضِعَ الْمَرْأَةُ صَبِيَّةً: فَتَحْرُمُ هَذِهِ الصَّبِيَّةُ عَلَى زَوْجِهَا، وَعَلَى آبَائِهِ، وَأَبْنَائِهِ، وَيَصِيرُ الزَّوْجُ الَّذِي نَزَلَ مِنْهُ اللَّبَنُ أَبًا لِلْمُرْضَعَةِ.

وَيَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأُخْتِ أَخِيهِ مِنَ الرَّضَاعِ، كَمَا يَجُوزُ أَنْ يتزَوَّجَ بأُختَ أَخِيهِ مِن النَّسَبِ، وَذَلِكَ مِثْلَ الْأَخِ مِنَ الْأَبِ إذَا كَانَ لَهُ أُخْتٌ مِنْ أُمِّهِ: جَازَ لِأَخِيهِ مِنْ أَبِيهِ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا.

قال: (وَلَبَنُ الْفَحْلِ يَتعَلَّقُ بِهِ التَّحْرِيمُ، وَهُوَ: أَنْ تُرْضِعَ الْمَرْأَةُ صَبِيَّةً: فَتَحْرُمُ هَذِهِ الصَّبِيَّةُ عَلَى زَوْجِهَا، وَعَلَى آبَائِهِ، وَأَبْنَائِهِ، وَيَصِيرُ الزَّوْجُ الَّذِي نَزَلَ مِنْهُ اللَّبَنُ أَبًا لِلْمُرْضَعَةِ) وفي أحدِ قولَي الشافعيِّ[2]: لبنُ الفحْلِ لا يحرِّمُ؛ لأنَّ الحرمةَ لشُبْهةِ البَعضيَّةِ، واللَّبنُ بعضُها لا بعضُه.

---

(١) في (ش) و(ف): «ولا يتزوج».

(٢) وهي خلاف المعتمد في المذهب. انظر: «الحاوي الكبير» (١١/ ٣٥٨).

ولنا قوله عليه السَّلام: «يحرُمُ من الرَّضاع ما يحرُمُ من النسَبِ»[١]، والحُرمةُ من النسَبِ من الجانبين، فكذا بالرَّضاعِ، وقال عليه السَّلام لعائشةَ رضي الله عنها: «ليلِجْ عليكِ أفلَحُ لأنَّه عمُّك من الرَّضاعةِ»[٢] ولأنَّه سببٌ لنزولِ اللبنِ منها، فيُقامُ السببُ مَقامَ المسبَّبِ في مَوضعِ الحُرمةِ احتياطاً.

(ك)[٣]: امرأتا رجلٍ أرضعَتْ كلُّ واحدةٍ صغيراً من لبَنِه: صارا أخوَين، أو أخاً وأختاً لأب، فيحرُمُ المناكَحةُ بينهما، ولا يحلُّ لهذا المرضَعِ مَوطُوءةُ صاحبِ اللبنِ، ولا لصاحبِ اللبنِ موطوءةُ المرضَعِ؛ لأنَّها امرأةُ أبيه أو ابنه، ولو طلَّقَ امرأتَه ولها لبنٌ منه، فتزوَّجت آخرَ بعد العِدَّة، وحبِلَت من الثاني وأرضَعت صبياً، فعند أبي حنيفةَ: التحريمُ من الأول دونَ الثاني حتى تضَعَ الحملَ، فيكونَ من الثاني دونَ الأول، وعن أبي يوسُفَ: من الثاني لا غيرُ، وعن محمدٍ: إذا نزل لها لبنٌ من الثاني فمنهما، فإذا وضعَتْ فمن الثاني.

قال: (**وَيَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأُخْتِ أَخِيهِ مِن الرَّضَاعِ، كَمَا يَجُوزُ أَنْ يتزوَّجَ بأُختَ أَخِيهِ مِنَ النَّسَبِ، وَذَلِكَ مِثْلَ الْأَخِ مِن الْأَبِ إذَا كَانَ لَهُ أُخْتٌ مِنْ أُمِّهِ: جَازَ لِأَخِيهِ مِنْ أَبِيهِ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا**) لأنَّهما أجنبيَّان.

وَكُلُّ صَبِيَّيْنِ اجْتَمَعَا عَلَى ثَدْيٍ وَاحِدٍ: لَمْ يَجُزْ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَزَوَّجَ بِالْآخَرِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ تَتَزَوَّجَ الْمُرْضَعَةُ أَحَدًا مِنْ وَلَدِ الَّتِي أَرْضَعَتْ، وَلَا وَلَدُ وَلَدِهَا.

وَلَا يَتَزَوَّجُ الصَّبِيُّ الْمُرْضَعُ بِأُخْتِ الزَّوْجِ؛ لِأَنَّهَا عَمَّتُهُ مِن الرَّضَاعَةِ.

قال: (**وَكُلُّ صَبِيَّيْنِ اجْتَمَعَا عَلَى ثَدْيٍ وَاحِدٍ: لَمْ يَجُزْ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَزَوَّجَ بِالْآخَرِ**) لأنَّهما صارَا أخاً وأختاً.

---

(١) تقدم قريباً.

(٢) رواه البخاري (٤٧٩٦)، ومسلم (١٤٤٥) عن عائشة رضي الله عنها.

(٣) في (ف): «سط».

قال: (وَلَا يَجُوزُ أَنْ تَتَزَوَّجَ الْمُرْضَعَةُ أَحَدًا مِنْ وَلَدِ[1] الَّتِي أَرْضَعَتْ وَلَا وَلَدُ وَلَدِهَا) لأنَّ الأولَ أخوها، والثانيَ ولدُ أخيها أو أختها.

قلتُ: واختلفَ النُّسخُ والأساتذةُ في إعرابِ قوله: «ولا ولد» فبعضُهم رفَعوه، وبعضُهم نصَبُوه، وكان شيخُ الإسلام علاءُ الأئمة الخيَّاطيُّ رحمه الله يقول: يجوزُ بالحركاتِ الثلاثِ؛ أمَّا الرفعُ فعطفاً على «أحد»، وأمَّا النصبُ فعطفاً على «المرضعة» أي: لا يتزوَّجُ المرضعةَ وولدَ ولدِها، وأمَّا الجرُّ فعطفاً على «من ولد التي أرضعَتْ» والرفعُ أظهرُ.

قال: (وَلَا يَتَزَوَّجُ الصَّبِيُّ الْمُرْضَعُ بِأُخْتِ الزَّوْجِ؛ لِأَنَّهَا عَمَّتُهُ مِن الرَّضَاعَةِ).

وإِذَا اخْتَلَطَ اللَّبَنُ بالمَاءِ، واللَّبَنُ هُوَ الغَالِبُ: تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ، وإِنْ غَلَبَ المَاءُ: لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ، وَإِنِ اخْتَلَطَ بالطَّعَامِ: لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ، وإِنْ كَانَ اللَّبَنُ غَالِبًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَإِذَا اخْتَلَطَ بالدَّوَاءِ، وهُوَ الغَالِبُ: تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ، وَإِذَا حُلِبَ لَبَنُ المَرْأَةِ بَعْدَ مَوْتِهَا، فَأُوْجِرَ بِهِ الصَّبِيُّ: تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ، وَإِذَا اخْتَلَطَ اللَّبَنُ بِلَبَنِ شَاةٍ وهُوَ الغَالِبُ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ، وَإِنْ غَلَبَ لَبَنُ الشَّاةِ لَمْ يَتَعلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ، وَإِذَا اخْتَلَطَ لَبَنُ امْرَأَتَيْنِ تَعَلَّقَ التَّحْرِيمُ بِأَكْثَرِهِمَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: بِهِمَا.

قال: (وَإِذَا اخْتَلَطَ اللَّبَنُ بِالمَاءِ، واللَّبَنُ هُوَ الغَالِبُ: تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ) لحصُولِ الاغتذاءِ باللَّبنِ (وَإِنْ غَلَبَ المَاءُ: لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ) خلافاً للشافعيِّ[2] لوجودِ اللبنِ فيه حقيقةً، ونحن نقول: المغلوبُ معدومٌ حُكماً حتى لا يظهَرَ بمقابلةِ الغالبِ كما في اليمينِ.

---

(١) في (ج): «من الولد».

(٢) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (١١/ ١٥٤).

قال: (وإن اختلَطَ بالطَّعَامِ: لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ، وَإِنْ كَانَ اللَّبَنُ غَالِبًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ» وقالا: إذا غلَبَ اللبنُ تعلَّقَ به التَّحريمُ اعتباراً للغالبِ.

(هـ)[1]: وهذا إذا لم تمسَّه النارُ، حتى لو طُبِخَ به[2] لا يتعلَّقُ به التحريمُ بالإجماعِ، لأبي حنيفةَ: أنَّ الطعامَ أصلٌ في التَّغذيةِ، واللبنُ تابعٌ فيها، فصار كالمغلوب في المقصودِ، ولا عبرةَ بتقاطُرِ اللبنِ من الطعامِ عندَه على الأصحِّ.

قال: (وَإِذَا اخْتَلَطَ بالدَّوَاءِ وهُوَ الغَالِبُ: تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ) لأنَّ اللبنَ مغذٍّ دونَ الدواء، وإن غلَبَ الدواءُ لا يحرُمُ؛ لخروجِه عن صلاحيَةِ التَّغْذيةِ لغلَبةِ غيرِه عليه.

قال: (وَإِذَا حُلِبَ لَبَنُ المَرْأَةِ بَعْدَ مَوْتِها، فَأُوْجِرَ بِهِ الصَّبِيُّ: تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ) للتَّغذيةِ به خلافاً للشَّافعيِّ[3]، ولو حُقِنَ به لا يحرُمُ خلافاً لمحمَّدٍ.

قال: (وإذَا اخْتَلَطَ اللَّبَنُ بِلَبَنِ شَاةٍ وهُوَ الْغَالِبُ: تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ، وَإِنْ غَلَبَ لَبَنُ الشَّاةِ: لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ) لما مرَّ في الماءِ.

قال: (وَإِذَا اخْتَلَطَ لَبَنُ امرَأَتَيْنِ تَعَلَّقَ التَّحْرِيمُ بِأَكْثَرِهِمَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: بِهِمَا).

(ك): تعلَّقَ بالغالبِ عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ، وقال محمدٌ وزُفرُ: بهما؛ لأنَّ الشيءَ لا يصيرُ مستهلَكاً بجنسِه، ولهما: أنَّ العبرةَ للأغلبِ كلبنِ الشَّاةِ.

(هـ)[4]: وعن أبي حنيفةَ روايتان.

---

(١) انظر: «الهداية» (١/ ٢١٨).

(٢) «به»: ليست في (ج).

(٣) انظر: «العزيز شرح الوجيز» (٩/ ٥٥٤).

(٤) انظر: «الهداية» (١/ ٢١٩).

وإنْ نَـزَلَ لِلْبِكْـرِ لَبَـنٌ، فَأَرْضَعَـتْ بِهِ صَبِيًّـا: تَعَلَّقَ بِـهِ التَّحْرِيمُ، وإنْ نَـزَلَ لِلرَّجُلِ لَبَـنٌ، فَأَرْضَـعَ بِـهِ صَبِيًّا: لَمْ يَتَعَلَّـقْ بِهِ التَّحْرِيـمُ، وَإِذَا شَـرِبَ صِبْيَانٌ مِنْ لَبَنِ شَـاةٍ: فَلَا رَضَـاعَ بَيْنَهُمَا.

وَإِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ صَغِيرَةً وَكَبِيرَةً، فَأَرْضَعَتْ الْكَبِيرَةُ الصَّغِيرَةَ: حُرِّمَتَا عَلَى الزَّوْجِ، فَإِنْ كَانَ لَمْ يَدْخُلْ بِالْكَبِيرَةِ: فَلَا مَهْرَ لَهَا وَلِلصَّغِيرَةِ نِصْفُ الْمَهْرِ.

وَيَرْجِعُ بِهِ الزَّوجُ عَلَى الكَبِيرَةِ إنْ كَانَتْ تَعَمَّدَتْ بِهِ الفَسَادَ، وإنْ لَمْ تَتَعَمَّدْ: فَلَا شَيْءَ عَلَيهَا.

قال: (وإنْ نَزَلَ لِلْبِكْرِ لَبَنٌ، فَأَرْضَعَتْ بِهِ صَبِيًّا: تَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِيمُ) لإنباتِ اللحمِ، وإنشَارِ العَظمِ.

قال: (وإنْ نَزَلَ لِلرَّجُلِ لَبَنٌ، فَأَرْضَعَ بِهِ صَبِيًّا: لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحْرِيمُ) لأنَّ ذلك ماءٌ أبيضُ تصوَّرَ بصورةِ اللَّبنِ.

قال: (وَإِذَا شَرِبَ صِبْيَانٌ مِنْ لَبَنِ شَاةٍ: فَلَا رَضَاعَ بَيْنَهُمَا) لأنَّه لا جزئيةَ بينها وبينَ الآدميِّ، والحرمَةُ باعتبارِ هذه الجزئيَّةِ.

قال: (وَإِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ صَغِيرَةً وَكَبِيرَةً، فَأَرْضَعَتْ الكَبِيرَةُ الصَّغِيرَةَ: حُرِّمَتا عَلَى الزَّوْجِ) لأنَّه يصيرُ جامعاً بين الأمِّ والبنتِ من الرَّضاعِ، وذلك حرامٌ كالنسبِ.

قال: (فَإِنْ كَانَ لَمْ يَدْخُلْ بِالْكَبِيرَةِ: فَلَا مَهْرَ لَهَا) لأنَّ الفُرقةَ جاءتْ من قبلِها قبلَ التأكيدِ.

قال: (وَلِلصَّغِيرَةِ نِصْفُ المَهْرِ) لأنَّ فُرقتَها ليست من جهتِها، والارتضاعُ وإن كان فعلَها لكنْ فعلُها غيرُ معتبَرٍ في إسقاطِ حقِّها، كما لو قتَلَتْ مورِّثَها.

قال: «**وَيَرْجِعُ بِهِ الزَّوجُ عَلَى الْكَبِيرَةِ؛ إِنْ كَانَتْ تَعَمَّدَتْ بِه الفَسَادَ، وَإِنْ لَمْ تَتَعَمَّدْ: فَلَا شَيْءَ عَلَيهَا**» وعن محمَّدٍ: أنَّه يرجعُ في الوجهَين بالتَّسبيبِ[١]، ولهما: أنَّ التسبيبَ يشترَطُ فيه التعدِّي، كما في حفرِ البئرِ، ثمَّ إنما تكونُ متعدِّيةً إذا علِمَتْ بالنِّكاحِ وقصدَتْ بالإرضَاعِ الفسادَ، أمَّا إذا لم تعلمْ بالنِّكاحِ، أو علمَتْ ولكنَّها قصدَتْ دفعَ الجوعِ والهلاكِ عن الصَّغيرةِ دونَ الفساد: لا تكونُ[٢] متعدِّيةً.

فإن قيل: الجهلُ ليس بعذرٍ في دار الإسلام، قلنا: اعتبرناه عذراً في دفعِ قصدِ الفسادِ لا في دفعِ الحكمِ، وله أن يتزوَّجَ الصَّغيرةَ إن شاءَ دونَ الكبيرةِ؛ لأنَّها ربيبتُه من الرَّضاعِ لم يدخُلْ بأمِّها على ما مرَّ.

(ك): تزوجَ صغيرةً، فأرضعَتْها أمُّه، حرُمَتْ عليه؛ لأنَّها صارَتْ أختاً له، ولو تزوَّجَ صغيرتَين[٣]، فأرضعَتهما امرأةٌ معاً أو متعاقِباً، حرُمَتا عليه لصيرورتِهما أختَين، ولو كنَّ ثلاثاً فأرضعَتهنَّ متعاقِباً بانَتِ الأولَيان دونَ الثالثة، ولو أرضعَتِ الأولى ثم الثنتَينِ معاً: بُنَّ جميعاً، ولو كنَّ أربعاً فأرضعتهنَّ متعاقباً: بُنَّ جميعاً، ولو تزوَّج صغيرتَين وكبيرتَين، فأرضعَتْ الكبيرتان صغيرةً ثمَّ صغيرةً، بانتِ الكبيرتانِ والصَّغيرةُ الأولى لا غيرُ؛ لأنَّ إرضاعَ الثانيةِ حصلَتْ بعدَ بينُونتِهنَّ، ولو تزوَّجَ صغيرةً وكبيرةً، فأرضعَتْ أمُّ الكبيرةِ الصَّغيرةَ أو أختَها[٤]: بانَتا؛ لأنَّه جامِعٌ بين المرأةِ وبنتِ أختِها، أو بين أختَين، ولو زوَّجَ من مملوكِه الرضيعِ أمَّ ولدِه، فأرضعَتْه بلبنِ السيِّدِ: حرُمَتْ عليهما؛ لأنَّ الزَّوجَ ابنُ المولى.

---

(١) في (ف): «بالتسبب».

(٢) في (ج): «لم تكن».

(٣) في (ج): «رضيعتين».

(٤) أي: أخت الكبيرة أرضعت الصغيرة.

وَلَا تُقْبَلُ فِي الرَّضَاعِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مُنْفَرِدَاتٍ، وَإِنَّمَا تَثْبُتُ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ، أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ.

قال: (**وَلَا تُقْبَلُ فِي الرَّضَاعِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مُنْفَرِدَاتٍ، وَإِنَّمَا تَثْبُتُ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ، أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ**) وقال مالكٌ[١]: يثبتُ بشهادة امرأةٍ عدْلٍ[٢]؛ لأنَّه حقُّ الشرعِ، فصارَ كمَنْ أخبرَه واحدٌ أنَّ هذه الشاةَ ذبيحَةُ المجوسِيِّ.

ولنا: أنَّ حرمةَ الرَّضاعِ لا تقبَلُ الفصلَ[٣] عن زوالِ المِلكِ في بابِ النِّكاحِ، وإبطالُ الملكِ لا يثبتُ إلا بشهادة رجلَين، بخلافِ اللَّحمِ؛ لأنَّ حرْمةَ التناولِ تنفكُّ عن زوالِ المِلكِ.

وقال الشافعيُّ[٤]: تقبَلُ فيه شهادةُ أربع نسوةٍ، ولنا: قولُ عليٍّ وعمرَ رضي الله عنهما[٥].

(**ك**): فإن أخبرَتِ امرأةٌ واحدةٌ فالأَولى أن يتنزَّهَ، ولا يجِبُ ذلك؛ لقولِه عليه السَّلام في هذه الصُّورة: «فارِقْها، كيف وقد قيل»[٦].

وفي (**شق**): وعن عليٍّ رضي الله عنه أنَّه سُئل عنه فقال: هي امرأتُك ليس أحدٌ يحرِّمُها عليك[٧].

---

(١) في «المدونة» (٢/ ١٧١): أن مالكاً قال في الرضاعة في شهادة المرأة الواحدة: أن ذلك لا يجوز، ولا تقطع شيئاً إلا أن يكون قد فشا وعرف.

(٢) في(ش): «عدلة»، في (ف): «امرأة واحدة عدلة».

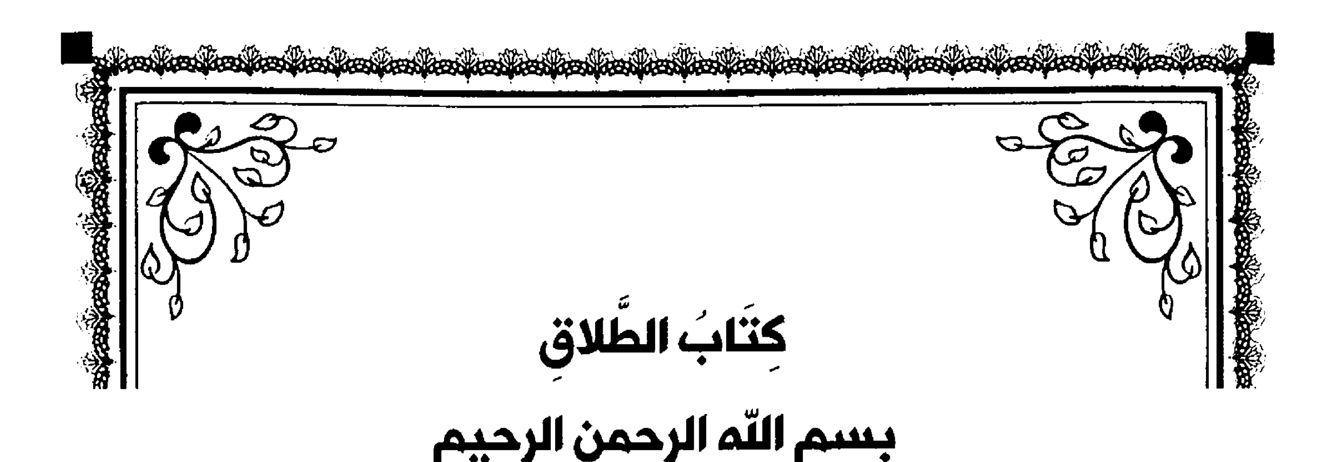
(٣) في (ف): «ولنا أن حرمة التناول ينفك».

(٤) انظر: «الأم» للشافعي (٥/ ٣٦).

(٥) رواهما ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٦٤٢٩ و ١٦٤٣٠).

(٦) رواه البخاري (٨٨)، وابن حبان في «صحيحه» (٤٢١٨) من حديث عقبة بن الحارث رضي الله عنه.

(٧) هو ما تقدم عند ابن أبي شيبة.



كِتَابُ الطَّلاقِ

بسم الله الرحمن الرحيم

اعلم أنَّ الطلاقَ مشروعٌ ثبت شرعيتُه: بالكتابِ، والسنَّةِ، وإجماعِ الأمَّة، وضَربٍ من المعقولِ.

أمَّا الكتابُ: فقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١].

وأمَّا السُّنةُ: فقوله عليه السَّلام: «كلُّ طلاقٍ جائزٌ إلا طلاقَ الصبيِّ والمعتُوه»(١).

وأمَّا الإجماعُ: فظاهرٌ.

وأمَّا المعقولُ: فلأنَّ أعمَّ النساء لمَّا اختصصنَ بسوءِ الاختيارِ وسرعةِ الاغتِرارِ، وسخافةِ الرأيِ والعقلِ، والسَّفاهةِ في القولِ والفعلِ، ونقصانِ الدِّين وقلَّةِ اليقينِ، وسوءِ التدبيرِ والانهماكِ في التقصيرِ، وكفرانِهنَّ نعمَ الأزواجِ وتعسُّفِهنَّ في المعاشَرةِ أميل(٢)

---

(١) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٢٢١): حديث غريب.

وروى الترمذي (١١٩١) عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «كل طلاق جائز، إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله». قال الترمذي: هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث عطاء بن عَجْلان، وعطاء بن عجلان ضعيفٌ، ذاهب الحديث. والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم.

قلت: منه ما روى عبد الرزاق في «مصنفه» (١١٤١٥)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٧٩١٢)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٥١١٠) عن علي قال: كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه. وصححه ابن حجر في «الدراية» (٢/ ٦٩).

(٢) في (ج): «أمثل».

المنهاجِ، وإبطالِ خيراتهنَّ وتحامُلهنَّ بالمنِّ والأذى، وحسبانهنَّ تحمُّلَ أعباء تكاليفِ أزواجِهنَّ منهنَّ أخفَّ من القذى، ومغالبَتِهنَّ في أسوأِ آرائهنَّ وظنونِهنَّ الكاذبةِ على أورَعِ أزواجِهنَّ، ومبالغتِهنَّ في المكرِ والمكائدِ، واهتمامِهنَّ أبداً على نصبِ حبائلِ الخداعِ والمصَائدِ، وقد يهمُمنَ عند تبدُّلِ رأيهنَّ بقتلِ أزواجهنَّ وأولادهنَّ، وتضييعِ أموالِهم المعصومةِ، وأعراضِهم المصونةِ، وإفشاءِ سرائرهم المكنونةِ، ولا يمكنُهم[1] الفَرارُ منهنَّ ولا القرار معهنَّ، فيتعيَّنُ الطلاقُ حينَئِذٍ مخلِّصاً عن شرِّ صُحبتِهنَّ، ومنجاةً عن قبيحِ[2] معاملَتِهنَّ، ومنقِذاً عن أسرِهنَّ واستيلائهنَّ، ومدفعاً لكربهنَّ وبلائهنَّ، فحسُنَ من الكريمِ الحكيمِ الرؤوفِ الرَّحيمِ تخليصُ عبدِه به من هذا العذابِ الأليمِ، خلَّصَ اللهُ تعالى كافَّةَ[3] المسلمين عن مثلِ هذا البلاء، وجعلَني شاكراً لِما أنعمَ عليَّ خصوصاً في هذا البابِ من النَّعماءِ، إذا عرَفْنا هذا فنقول:

الطَّلَاقُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ: أَحْسَنُ الطَّلَاقِ، وَطَلَاقُ السُّنَّةِ، وَطَلَاقُ البِدْعَةِ.

فَأَحْسَنُ الطَّلَاقِ: أَنْ يُطَلِّقَ امْرَأَتَهُ تَطْلِيقَةً وَاحِدَةً، فِي طُهْرٍ لَمْ يُجَامِعْهَا فِيهِ، وَيَتْرُكُهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا.

قال المصنف رحمه الله: (**الطَّلَاقُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ: أَحْسَنُ الطَّلَاقِ، وَطَلَاقُ السُّنَّةِ، وَطَلَاقُ البِدْعَةِ.**

فَأَحْسَنُ الطَّلَاقِ: أَنْ يُطَلِّقَ امْرَأَتَهُ تَطْلِيقَةً وَاحِدَةً، فِي طُهْرٍ لَمْ يُجَامِعْهَا فِيهِ، وَيَتْرُكُهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا) لِمَا رويَ عن إبراهيمَ النَّخَعيِّ أنَّ أصحابَ النَّبيِّ عليه السَّلام كانوا

---

(١) في (ف): «ولا يمكنهن».

(٢) في (ج): «قبح».

(٣) في (ج): «عامة».

يستحبَّونَ ذلك ويعُدُّونَه أحسنَ، ولأنَّه أبعدُ من النَّدامةِ، وأقلُّ ضرراً بالمرأةِ، ولأنَّ الطَّلاقَ مرخَّصٌ فيه لقولِه عليه السَّلام: «أبغَضُ المباحاتِ عندَ اللهِ تعالى الطَّلاقُ»[١]، وإنما شُرعَ لِما ذكَرْنا من الحاجَةِ، والحاجةُ تندفِعُ بالواحدَةِ، وإنما شُرطَ أن يكونَ في الطُّهرِ؛ لأنَّه زمانُ الرَّغبَةِ إليها فتكونُ لحكمَةِ الخلاصِ، لا للنُّفرةِ عنها، واحترازٌ عن تطويلِ العِدَّة؛ لأنَّه لا يُعتدُّ[٢] بالحَيضَةِ التي يقعُ فيها الطلاقُ، وإنما شُرطَ أن لا يجامِعَها في ذلك الطُّهرِ؛ إذ لو جامَعَها ربما تحبَلُ منه، فيفوتُ المِلكُ بالطَّلاقِ عليه معَ بقاءِ المؤنةِ.

وَطَلَاقُ السُّنَّةِ: أَنْ يُطَلِّقَ المَدْخُولَ بِهَا ثَلَاثًا، فِي ثَلَاثَةِ أَطْهَارٍ.

وَطَلَاقُ البِدْعَةِ: أَنْ يُطَلِّقَهَا ثَلَاثًا بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ، أَوْ ثَلَاثًا فِي طُهْرٍ وَاحِدٍ، فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ: وَقَعَ الطَّلَاقُ، وَبَانَتْ مِنْهُ، وَكَانَ عَاصِيًا.

قال: (**وطَلَاقُ السُّنَّةِ: أَنْ يُطَلِّقَ الْمَدْخُولَ بِهَا ثَلَاثًا، فِي ثَلَاثَةِ أَطْهَارٍ**) وقال مالكٌ[٣]: لا يُباحُ إلا واحدةٌ لِما مرَّ أنَّه رخصَةٌ، فيتقدَّرُ بقدْرِ الحاجةِ، ولنا: ما رويَ في حديثِ ابنِ عمرَ: «أنَّ من السُّنةِ أن يستقبِلَ الطهرَ استقبالاً، فيطلِّقَها لكلِّ طُهرٍ تطليقةً»[٤]، ولأنَّ الحكمَ يُدارُ على دليلِ الحاجَةِ، وهو الإقدامُ على الطَّلاقِ في زمانِ تجدُّدِ الرَّغبةِ، وهو الطُّهرُ، والحاجةُ كالمتكرِّرة نظراً إلى دليلِها.

---

(١) رواه أبو داود (٢١٧٨)، وابن ماجه (٢٠١٨)، والحاكم في «المستدرك» (٢٧٩٤)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٤٨٩٤) من حديث ابن عمر رضي الله عنه. وضعف. انظر: «التلخيص الحبير» (٣/ ٤١٧).

(٢) في (ج): «لأنها لا تعتد».

(٣) انظر: «البيان والتحصيل» (٥/ ٤٥٤).

(٤) رواه الطبراني في «مسند الشاميين» (٢٤٥٥)، والدارقطني في «سننه» (٣٩٧٤)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٤٩٣٩). وانظر: «نصب الراية» (٣/ ٢٢٠).

(هـ)[1]: ثم قيلَ: الأَولى أنْ يؤخِّرَ الإيقاعَ إلى آخرِ الطُّهرِ تحرُّزاً عن تطويلِ العِدَّة، والأظهرُ أنَّه يطلِّقُها كما طهُرَت؛ لأنَّه ربَّما يواقِعُها، فيُبتلَى بالإيقاعِ عَقِبَ الوِقاع[2].

قال: (**وَطَلَاقُ الْبِدْعَةِ: أَنْ يُطَلِّقَهَا ثَلَاثًا بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ، أَوْ ثَلَاثًا فِي طُهْرٍ وَاحِدٍ، فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ: وَقَعَ الطَّلَاقُ، وَبَانَتْ مِنْهُ، وَكَانَ عَاصِيًا**) وقال الشافعيُّ[3]: يحلُّ؛ لأنَّ الثلاثَ مِلكُه، واستيفاءُ مِلكِه مُباحٌ، ولنا ما مرَّ في وجهِ مالكٍ، وحديثُ ابنِ عمرَ رضي الله عنه، ولأنَّه رويَ: أن ابنَ عمرَ طلَّقَ امرأتَه في حالةِ الحيضِ، فقال النبيُّ عليه السَّلام لعمر رضي الله عنه: «إنَّ ابنَك أخطأَ السنَّةَ، مرْهُ فليُراجِعْها ثم ليطلِّقْها إن شاء طاهرةً[4] من غيرِ جماعٍ، أو حاملاً[5] استبانَ حملُها، فتلك العِدَّةُ التي أمرَ الله تعالى أن تطلَّقَ لها النساء»[6].

ورُوي: أنَّ ابنَ عمرَ رضي الله عنه قال لرسولِ الله عليه السَّلام: أرأيتَ لو طلَّقتُها ثلاثاً أكانت تحِلُّ لي؟ فقال: «بل بانَتْ منك في معصيةٍ»[7].

(هـ)[8]: وكذا إيقاعُ الثِّنتَين في طُهرٍ واحدٍ بدعةٌ لِما مرَّ، وفي الواحدةِ البائنةِ روايتان.

(**نج**): والَّتي خلا بها الزَّوجُ في الطَّلاقِ السنِّيِّ كالمدخُولِ بها.

---

(١) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (١/ ٢٢١).

(٢) في (ج): «عقيب الجماع».

(٣) انظر: «مختصر المزني» (٨/ ٢٩٥).

(٤) في (ص) و(ف): «طاهراً».

(٥) في (ج) زيادة: «إن».

(٦) رواه البخاري (٥٢٥١)، ومسلم (١٤٧١) من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(٧) رواه بنحوه مسلم (١٤٧١)، وأبو داود (٢١٩٧)، والنسائي (٣٥٥٧)، وأحمد في «مسنده» (٤٥٠٠).

(٨) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (١/ ٢٢٢).

(شط): قالَتِ الزَّيديةُ مـن الشِّيعةِ: بإرسالِ الثلاثِ لا يقعُ إلَّا واحدةٌ، وقالَتِ الإماميَّةُ: لا يقعُ شيءٌ.

(شبز): لا يقعُ شيءٌ في قولِ المريسيِّ.

(شـب): قال بعضُ أصحابِ الظواهر: تقعُ واحـدةً[١]، ورويَ: «أن الثلاثَ كانت واحـدةً فـي زمـن النبيِّ عليـه الصَّـلاة والسَّـلام، وزمنِ أبـي بكرٍ، وصـدْرِ إمامـةِ عمرَ رضي الله عنهم، فلمَّا كثُرَ ذلك جعَلَها ثلاثاً»[٢].

قال مالكٌ[٣] وداودُ: تقعُ واحدةً، وفي «أدب القاضي»: على قولِ أهلِ الزَّيغِ: لا تقعُ، وعلى قولِ الحسنِ البَصريِّ: تقعُ واحدةً.

(جع): عن الحكَمِ وابنِ المسيَّب وعدَّةٍ من التابعين[٤]: تقعُ واحدةً بنيةٍ.

وفي «الكشَّاف»[٥]: عن ابن المسيَّبِ وعدَّةٍ من التابعين: لا يقعُ شيءٌ.

وفـي «تفسـير القاضـي»: وكثيرٍ من أهـل البيتِ ذهبَ إلـى أنَّه تقعُ واحـدةً، وقال محمـدُ بـنُ إسـحاق: تقـعُ واحـدةً؛ لحديـثِ ابـن عباسٍ «طلَّـقَ ركانَـةُ امرأتَـه ثلاثاً، فحـزنَ وأخبـرَ بـه رسـولَ الله عليه السَّـلام فقـال: «ثلاثـاً في مجلسٍ واحـدٍ؟» فقال: نعـم، فقال: «إنمـا تلـك واحـدةٌ»، فراجَعَها[٦].

---

(١) وابن حزم الظاهري رد على هذا القول. انظر: «المحلى بالآثار» (٩/ ٣٨٩).

(٢) رواه مسلم (١٤٧٢) عن ابن عباس رضي الله عنه.

(٣) في «المدونة» (٢/ ٣): فإن هو طلقها ثلاثًا أو عند كل طهر واحدة حتى طلق ثلاث تطليقات يلزمه ذلك في قول مالك.

(٤) في هامش (ج): نسخة: «الصحابة».

(٥) انظر: «تفسير الزمخشري» (٤/ ٥٥٤).

(٦) رواه أحمد في «مسنده» (٢٣٨٧)، وأبو يعلى في «مسنده» (٢٥٠٠)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٤٩٨٧)، والمقدسي في «المختارة» (٣٧٤) من جديث ابن عباس رضي الله عنه.

وفي «تفسير الكلبيِّ»: وأمَّا ما عليه الأمَّةُ فوقوعُ الثلاثِ جملةً.

(شـق): وهـذا الاختـلافُ غيرُ معتدٍّ بـه حتى لا يسـعَ للقاضِي أن يقضـيَ به، ولو قضـى: لا ينفُذُ حكمُه.

(جش): ولو رُفِعَ هذا القضاءُ إلى قاضٍ لا يراه جائزاً: أبطَلَه.

(شط): ولم يجعَلْ أصحابُنا قولَ مَن نفَى الوقوعَ خلافاً؛ لأنَّهم أوجَبُوا الحدَّ على مَن وطِئَها في العِدَّة.

والسُّنَّةُ فِـي الطَّلَاقِ مِنْ وَجهَينِ: سُنَّةٌ فِـي الوَقْتِ، وَسُنَّةٌ فِي العَدَدِ، فالسُّنَّةُ فِي العَدَدِ: يَسْتَوِي فِيهَا المَدْخُولُ بِهَا وغَيْرُ المَدْخُولِ بِهَا، والسُّنَّةُ فِي الوَقْتِ: تَثْبُتُ فِي المَدْخُولِ بِهَا خَاصَّةً، وهُوَ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي طُهْرٍ لَمْ يُجَامِعْهَا فِيهِ، وغَيْرُ المَدْخُولِ بِهَا: يُطَلِّقُهَا فِي حَالَةِ الطُّهْرِ وَالحَيْضِ.

وَإِنْ كَانَت المَرْأَةُ لَا تَحِيضُ مِـنْ صِغَرٍ أَوْ كِبَرٍ، فَأَرَادَ أَنْ يُطَلِّقَهَا لِلسُّنَّةِ: طَلَّقَهَا وَاحِدَةً، فَإِذَا مَضَى شَهْرٌ طَلَّقَهَا أُخْرَى، فَإِذَا مَضَى شَهْرٌ طَلَّقَهَا أُخْرَى، ويَجُوزُ أَنْ يُطَلِّقَهَا، وَلَا يَفْصِلُ بَيْنَ وَطْئِهَا وَطَلَاقِهَا بِزَمَانٍ.

وَطَلَاقُ الحَامِلِ يَجُوزُ عَقِيبَ الجِمَاعِ ويُطَلِّقُهَا لِلسُّنَّةِ ثَلَاثًا، يَفْصِلُ بَيْنَ كُلِّ تَطْلِيقَتَيْنِ بِشَهْرٍ عِند أَبِي حَنيفَةَ وأَبِي يُوسُف، وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرُ: لَا يُطَلِّقُهَا لِلسُّنَّةِ إِلَّا وَاحِدَةً.

وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فِي حَالِ الحَيْضِ: وَقَعَ الطَّلَاقُ، ويُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يُرَاجِعَهَا، فَإِذَا طَهُرَتْ وَحَاضَتْ، وَطَهُرَتْ: فَإِنْ شَاءَ طَلَّقَهَا، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا.

قـال: (**وَالسُّـنَّةُ فِـي الطَّـلَاقِ مِـنْ وَجْهَيـنِ: سُـنَّةٌ فِـي الوَقْـتِ، وَسُـنَّةٌ فِـي العَـدَدِ، فَالسُّـنَّةُ فِـي الْعَـدَدِ: يَسْـتَوِي فِيهَـا المَدْخُولُ بِهَـا، وغَيْـرُ المَدْخُولِ بِهَا**) وهـي أن تكونَ واحـدةً لِمـا مرَّ.

قال: (وَالسُّنَّةُ فِي الوَقْتِ: تَثْبُتُ فِي المَدْخُولِ بِهَا خَاصَّةً، وهُوَ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي طُهْرٍ لَمْ يُجَامِعْهَا فِيهِ) لما مرَّ.

قال: (وغَيْرُ المَدْخُولِ بهَا: يُطَلِّقُهَا فِي حَالَةِ الطُّهْرِ وَالحَيْضِ» لخلوِّه عن مفسَدةِ تطويلِ العِدَّة.

قال: «وإِنْ كَانَت المَرْأَةُ لَا تَحِيضُ مِنْ صِغَرٍ أَوْ كِبَرٍ، فَأَرَادَ أَنْ يُطَلِّقَهَا لِلسُّنَّةِ: طَلَّقَهَا وَاحِدَةً، فَإِذَا مَضَى شَهْرٌ طَلَّقَهَا أُخْرَى، فَإِذَا مَضَى شَهْرٌ طَلَّقَهَا أُخْرَى) لأنَّ الشهرَ أُقيمَ في حقِّها مَقامَ الحيضِ، قال الله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤].

(هـ)[١]: ثمَّ إن كان الطَّلاقُ في أولِ الشهر يعتبَرُ الشهورُ بالأهلَّة، وإن كانَ في وسَطِه فبالأيامِ في حقِّ التفريقِ، وفي حقِّ العِدَّةِ كذلك عندَ أبي حنيفةَ، وعندهما: يكمُلُ الأولُ بالأخيرِ ثلاثين، والمتوسِّطانِ بالأهِلَّة، وهي مسألةُ الإجارةِ.

قال: (وَيَجُوزُ أَنْ يُطَلِّقَهَا، وَلَا يَفْصِلُ بَيْنَ وَطْئِهَا وَطَلَاقِهَا بِزَمَانٍ) وقال زُفرُ: يفصِلُ بينهما بشهرٍ لقيامِه مَقامَ الحيضِ، ولنا: أنَّ كراهتَه في ذواتِ الأقراءِ باعتبارِ الحبَلِ، وإنه منتَفٍ في الصَّغيرةِ والآيسةِ.

قال: (وَطَلَاقُ الْحَامِلِ يَجُوزُ عَقِيبَ الْجِمَاعِ) لأنَّه لا يؤدِّي إلى اشتباهِ وجهِ العدَّة.

قال: (وَيُطَلِّقُهَا لِلسُّنَّةِ ثَلَاثًا، يَفْصِلُ بَيْنَ كُلِّ تَطْلِيقَتَيْنِ بِشَهْرٍ عِند أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُف وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرُ: لَا يُطَلِّقُهَا لِلسُّنَّةِ إِلَّا وَاحِدَةً) لأنَّ الثلاثَ مرخَّصٌ فيه بشرطِ أن يفصِلَ بين كلِّ طلاقَينِ بفصلٍ من فصُولِ العِدَّة، وعِدَّتُها فصلٌ واحدٌ كالممتَدِّ[٢] طُهرُها.

---

(١) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (١/ ٢٢٢).

(٢) في (ش) و(ف) هنا والموضع التالي: «كالممتدة».

ولنا: أنَّ الإباحةَ بعلَّةِ الحاجةِ، والشهرُ دليلُها كما في الآيسَةِ والصغيرةِ؛ لأنَّه زمانُ تجدُّدِ الرَّغبةِ إليها على ما عليه الطِّباعُ السَّليمةُ، فصلحَ عِلماً ودليلاً عليه، بخلافِ الممتدِّ طُهرُها؛ لأنَّ العلمَ في حقِّها الطهرُ، والحيضُ مرجوٌّ، ولا كذلك في الحاملِ، ولأنَّ الحملَ مدَّةُ العِدَّةِ، فجازَ تفريقُها فيها كسائرِ المُدَدِ.

قال: (**وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فِي حَالِ الحَيْضِ: وَقَعَ الطَّلَاقُ**) لقولِه عليه السَّلامُ: «كلُّ طلاقٍ واقعٌ»، ولأنَّ النَّهيَ فيه لغَيرِه، فلا يمنعُ حُكمَه.

قال: «وَيُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يُرَاجِعَهَا؛ فَإِذَا طَهُرَتْ وَحَاضَتْ وطَهُرَتْ: فَإِنْ شَاءَ طَلَّقَهَا، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا».

(هـ)[1]: ثمَّ استحبابُ المراجَعةِ قولُ البعضِ، والأصحُّ: أنَّه واجبٌ لقولِه عليه السَّلام لعمرَ حينَ طلَّقَ ابنُه امرأتَه في الحيضِ: «مُرِ ابنَك فليُراجِعْها»[2] ورفعاً للمعصيةِ برفعِ أثرِهِ بقدْرِ الممكنِ، ودفعاً لضررِ تطويلِ العدَّة، وذكرَ الطحَاويُّ: أنَّه يطلِّقُها في الطُّهرِ الذي يَلي هذه الحيضَةَ[3]، والمذكورُ هاهنا جوابُ «الأصل»[4]، قال أبو الحسَنِ الكَرْخيُّ: ما ذكَرَه الطَّحَاويُّ قولُ أبي حنيفةَ، وما ذُكرَ في «الأصل» قولُهما، ووجهُه: أن السُّنةَ أن يفصَلَ بين كلِّ طلاقَين بحيضَةٍ كاملةٍ، فيشترَطُ مُضِيُّ الحيضَةِ الثانيةِ، ووجهُ ما ذكَرَه الطحَاويُّ: أنَّ أثرَ الطلاقِ قد انعدَمَ بالمراجعةِ، فصار كأنَّه لم يطلِّقْها في الحيضِ: فيُسَنُّ تطليقُها في الطُّهرِ الذي يليهِ.

---

(١) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (١/ ٢٢٣).

(٢) رواه البخاري (٥٢٥١)، ومسلم (١٤٧١)، وقد تقدم قريباً.

(٣) انظر: «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص (٥/ ٣٠).

(٤) انظر: «الأصل/ قطر» (٤/ ٣٩٥).

(جس شص): لا بأسَ بالتَّخييرِ والاختيارِ في الحيضِ، وإذا أدركَتِ الصبيَّةُ فاختارَتْ نفسَها: فلا بأسَ للقاضِي أن يفرِّقَ بينَهما في الحيضِ.

(فح شب): الخُلعُ في الحيضِ: لا يُكرهُ.

وَيَقَـعُ طَـلَاقُ كُلِّ زَوْجٍ إِذَا كَانَ بَالِغًـا عَاقِـلًا، وَلَا يَقَـعُ طَلَاقُ الصَّبِـيِّ وَالمَجْنُونِ وَالنَّائِمُ.

وَإِذَا طَلَّقَ العَبْدُ: وَقَعَ الطَّلَاقُ، وَلَا يَقَعُ طَلَاقُ مَوْلَاهُ عَلَى امْرَأَتِهِ.

قال: (**وَيَقَعُ طَلَاقُ كُلِّ زَوْجٍ إِذَا كَانَ بَالِغًا عَاقِلًا، وَلَا يَقَعُ طَلَاقُ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ وَالنَّائِمُ**) لقولِه عليه السَّلام: «كلُّ طلاقٍ جائزٌ إلا طلاقَ الصبيِّ والمعتوهِ»[1]. وقوله عليه السَّلام: «وعن النائمِ حتى يستيقِظَ»[2].

قال: (**وَإِذَا طَلَّقَ العَبْدُ: وَقَعَ الطَّلَاقُ، وَلَا يَقَعُ طَلَاقُ مَوْلَاهُ عَلَى امْرَأَتِهِ**) لأنَّ مِلكَ المتعةِ له لا لمولاه، فكان إزالتُه إليه لا إلى مَولاه.

---

(١) تقدم في صدر الباب.

(٢) رواه أبو داود (٤٤٠١)، والترمذي (١٤٢٣)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٧٣٠٣)، وأحمد في «مسنده» (١٣٢٨)، وابن خزيمة في «صحيحه» (١٠٠٣)، وابن حبان في «صحيحه» (١٤٣)، والدارقطني في «السنن» (٣٢٦٧)، والحاكم في «المستدرك» (٨١٦٨) من حديث علي رضي الله عنه. قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب. وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ووافقه الذهبي. انظر: «نصب الراية» (٤/ ١٦٢).

ورواه أبو داود (٤٣٩٨)، والنسائي (٣٤٣٢)، وابن ماجه (٢٠٤١)، وأحمد في «مسنده» (٢٤٦٩٤)، والترمذي في «العلل الكبير» (٤٠٤)، وابن حبان في «صحيحه» (١٤٢)، والحاكم في «المستدرك» (٢٣٥٠) من حديث عائشة رضي الله عنها. قال الترمذي: سألت محمداً عن هذا الحديث، فقال: أرجو أن يكون محفوظاً. وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم.

والطَّلَاقُ عَلَى ضَرْبَيْنِ: صَرِيحٌ، وَكِنَايَةٌ؛ فالصَّرِيحُ: قَوْلُهُ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَمُطَلَّقَةٌ، وَطَلَّقْتُك، فَهَذَا يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ، وَلَا يَقَعُ بِهِ إِلَّا وَاحِدَةً وَإِنْ نَوَى أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ، وَلَا يَفْتَقِرُ إِلَى النِّيَّةِ.

وَقَوْلُهُ أَنْتِ الطَّلَاقُ، وَأَنْتِ طَالِقُ الطَّلَاقِ، وأَنْتِ طَالِقٌ طَلَاقًا، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ: فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ، وَإِنْ نَوَى ثَلَاثًا: فَهِيَ ثَلَاثٌ.

والضَّرْبُ الثَّانِي: الكِنَايَاتُ: لَا يَقَعُ بِهَا الطَّلَاقُ إِلَّا بِنِيَّةٍ، أَوْ دَلَالَةِ حَالٍ، وَهِيَ عَلَى ضَرْبَيْنِ: مِنْهَا ثَلَاثَةُ أَلْفَاظٍ يَقَعُ بِهَا طلاقٌ رَجْعِيٌّ، وَلَا يَقَعُ بِهَا إِلَّا وَاحِدَةً، وَهِيَ قَوْلُهُ: اعْتَدِّي، وَاسْتَبْرِئِي رَحِمَكِ، وَأَنْتِ وَاحِدَةٌ.

فصلٌ

قال: (وَالطَّلَاقُ عَلَى ضَرْبَيْنِ: صَرِيحٌ، وَكِنَايَةٌ؛ فَالصَّرِيحُ: قَوْلُهُ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَمُطَلَّقَةٌ، وطَلَّقْتُك، فَهَذَا يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ) لأنَّ هذه الألفاظَ تستعمَلُ في الطَّلاقِ دونَ غيرِه، فكانَ صَريحاً، وإنه يعقِبُ الرَّجْعةَ، لقولِه تعالى في المطلَّقاتِ: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

قال: (وَلَا يَقَعُ بِهِ إِلَّا وَاحِدَةً وَإِنْ نَوَى أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ، وَلَا يَفْتَقِرُ إِلَى النِّيَّةِ[١]) وقال الشافعيُّ[٢]: يقعُ ما نوى؛ لأنَّه يحتمِلُه لفظُه؛ لتضمُّنِ الفعلِ واسمِ الفاعلِ والمفعولِ المصدرَ، ولهذا يصِحُّ قِرانُ العددِ به، وينتصِبُ على التميزِ، ولنا أنَّه نعتٌ فردٌ، حتى قيل للمثنَّى: طالقان، وللثلاث: طوالقُ، والفردُ يُنافي العددَ؛ لأنَّه ضدُّه، وذكرُ الطالقِ ذِكرٌ لطلاقٍ هو صفةُ المرأةِ، لا لطلاقٍ هو تطليقٌ كامرأةٍ عدْلٍ ورجلٍ صومٍ، وإنْ نوى

---

(١) «ولا يفتقر إلى النية»: ليست في (م) و(ج).

(٢) انظر: «روضة الطالبين وعمدة المفتين» (٨/ ٧٦).

به البائنَ فرجعيٌّ؛ لأنَّه قصدَ تنجيزَ ما علَّقه الشرعُ بمُضيِّ العِدَّة فبطلَ، وإنْ نوى الطلاقَ عن وِثاقٍ يصدُقُ ديانةً لا قضاءً، وإنْ نوى الإطلاقَ عن العملِ لا يصدُقُ ديانةً وقضاءً[1]، وأمَّا العددُ فهو نعتٌ لمصدرٍ محذوفٍ معناه: طلاقاً ثلاثاً، كقوله: أعطيتُه جَزيلاً.

قال: «**وَقَوْلُهُ أَنْتِ الطَّلَاقُ، وَأَنْتِ طَالِقُ الطَّلَاقِ، وأَنْتِ طَالِقٌ طَلَاقًا، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ: فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ، وَإِنْ نَوَى ثَلَاثًا: فَهِيَ ثَلَاثٌ**) لأنَّ المصدرَ اسمُ جنسٍ، وله خصوصٌ وعمومٌ يتناوَلُ الأدنى ويحتمِلُ الكلَّ، فعندَ عرَائهِ عن النيَّةِ يثبُتُ المتيقَّنُ، وإذا نوَى الثلاثَ صحَّ لاحتمالِه العمومَ، وفيه تغليظٌ على نفسِه، ولا يصِحُّ نيةُ الثِّنتَين، فيقعُ واحدةً، وقال زفرُ: يصِحُّ؛ لأنَّه بعضُ الثلاثِ، فلمَّا صحَّ نيَّةَ الثلاثِ صحَّ نيَّةَ الثِّنتَين، ولنا: أنَّ نيَّةَ الثَّلاثِ إنما صحَّتْ باعتبارِ الجنسيَّةِ دونَ العددِ، حتى لو كانت أمَةً تصِحُّ نيةُ الثِّنتَين، واللَّفظُ لا يحتمِلُ العددَ؛ لأنَّ معنى التوحُّدِ مَرعيٌّ في ألفاظِ الوحدانِ، وذلك بالفرديَّةِ أو الجنسيَّةِ، والمثنَّى بمعزِلٍ منهما.

(هـ)[2]: ولو قال: أنت طالقٌ الطَّلاقَ، وقال: أردْتُ بقولي: طالقٌ واحدةً، وبقولي: الطَّلاقَ أخرى يصدُقُ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما صالحٌ للإيقاعِ.

قال: (**وَالضَّرْبُ الثَّانِي: الْكِنَايَاتُ: لَا يَقَعُ بِهَا الطَّلَاقُ إلَّا بِنِيَّةٍ، أَوْ دَلَالَةِ حَالٍ**) لأنَّه يحتملُ الطلاقَ وغيرَه، فلا يتعيَّنُ الطلاقُ إلا بدليلٍ.

قال: (**وَهِيَ عَلَى ضَرْبَينِ: مِنْهَا ثَلَاثَةُ أَلْفَاظٍ يَقَعُ بِهَا طَلَاقٌ رَجْعِيٌّ، وَلَا يَقَعُ بِها إلَّا وَاحِدَةً، وَهِيَ قَوْلُهُ: اعْتَدِّي، وَاسْتَبْرِئِي رَحِمَكِ، وَأَنْتِ وَاحِدَةٌ**) أمَّا الأولى فلأنَّه يحتمِلُ الاعتدادَ عن النِّكاحِ، واعتِدادَ نعمِ اللهِ تعالى، فإنْ نوَى الأولَ تعيَّنَ[3]، وأنه يقتَضِي طلاقاً سابقاً، والطَّلاقُ يَعقِبُ الرَّجعةَ.

---

(١) في (ش): «ولا قضاء».

(٢) انظر: «الهداية» (١/ ٢٢٦).

(٣) في (ج) زيادة: «له».

وَبَقِيَّةُ الْكِنَايَاتِ إِذَا نَوَى بِهَا الطَّلَاقَ: كَانَتْ وَاحِدَةً بَائِنَةً، وَإِنْ نَوَى ثَلَاثًا: كَانَتْ ثَلَاثًا، وَإِنْ نَوَى اثْنَتَيْنِ: كَانَتْ وَاحِدَةً، وَهَذَا مِثْلُ قَوْلِهِ: أَنْتِ بَائِنٌ، وَبَتَّةٌ، وَبَتْلَةٌ، وَحَرَامٌ، وَحَبْلُكِ عَلَى غَارِبِكِ، وَالْحَقِي بِأَهْلِكِ، وَخَلِيَّةٌ، وَبَرِيَّةٌ، وَوَهَبْتُكِ لِأَهْلِكِ، وَسَرَّحْتُكِ، وَفَارَقْتُكِ، وَأَنْتِ حُرَّةٌ، وَتَقَنَّعِي، وَاسْتَتِرِي، وَاغْرُبِي، وَابْتَغِي الْأَزْوَاجَ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ: لَمْ يَقَعْ بِهَذِهِ الْأَلْفَاظِ طَلَاقٌ، إِلَّا أَنْ يَكُونَا فِي مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ فَيَقَعُ بِهَا الطَّلَاقُ فِي الْقَضَاءِ، وَلَا يَقَعُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى، إِلَّا أَنْ يَنْوِيَهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُونَا فِي مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ، وَكَانَا فِي غَضَبٍ، أَوْ خُصُومَةٍ: وَقَعَ الطَّلَاقُ بِكُلِّ لَفْظٍ لَا يَقْصِدُ بِهَا السَّبَّ وَالشَّتِيمَةَ، وَلَا يَقَعْ بِمَا يُقْصَدُ بِهِ السَّبُّ وَالشَّتِيمَةُ، إِلَّا أَنْ يَنْوِيَهُ.

وأمَّا الثانيةُ فلأنَّها تحتمِلُ المقصُودَ من الاعتدادِ، فيُجعلُ عبارةً عنه، ويحتمِلُ الاستبراءَ ليطلِّقَها.

وأمَّا الثالثةُ فلأنَّها تحتَمِلُ نعتاً لمصدرٍ محذوفٍ؛ أي: تطليقةً واحدةً، ويحتملُ أنَّها واحدةٌ في الجمالِ، أو عندَه، أو عندَ قَومِه، وإذا نواهُ فكأنَّه قال: تطليقةً واحدةً، وهي معقِبةٌ للرَّجعةِ، وإنما لا تقعُ إلَّا واحدةً، أمَّا في الأوليَين؛ لأنَّ قولَه: أنتِ طالقٌ فيهما مضمَرٌ، ولو أظهرَه لا تقعُ إلَّا واحدةً، فهذا أَولى، وأمَّا في قوله: «واحدةٌ»، فظاهرٌ؛ لأنَّ صفةَ الوَحدةِ تُنافِي المثنى والثَّلاثِ، قيل: هذا إذَا لم يرفَعْ لفظةَ «واحدة»؛ لأنها تكونُ[1] صفةً لشخصِها حينئذٍ[2]، والأصحُّ أنَّ الجوابَ في الكلِّ واحدٌ؛ لأنَّ العوامَّ لا يميِّزون بين إعرابٍ وإعرابٍ.

قال: «**وَبَقِيَّةُ الْكِنَايَاتِ إِذَا نَوَى بِهَا الطَّلَاقَ: كَانَتْ وَاحِدَةً بَائِنَةً، وَإِنْ نَوَى ثَلَاثًا كَانَتْ**

---

(١) في (ج): «لا يكون».

(٢) أي: إذا رفعها تكون صفة لشخصها؛ فلا تقع طلقة على هذا القول.

ثَلاثًا، وَإِنْ نَوَى اثْنَتَيْنِ: كَانَتْ وَاحِدَةً، وَهَذَا مِثْلُ قَوْلِهِ: أَنْتِ بَائِنٌ، وَبَتَّةٌ، وَبَتْلَةٌ، وَحَرَامٌ، وَحَبْلُكِ عَلَى غَارِبِكِ، وَالْحَقِي بِأَهْلِكِ، وَخَلِيَّةٌ، وَبَرِيَّةٌ، وَوَهَبْتُكِ لِأَهْلِكِ، وَسَرَّحْتُكِ، وَفَارَقْتُكِ، وَأَنْتِ حُرَّةٌ، وَتَقَنَّعِي، وَاسْتَتِرِي، وَاغْرُبِي، وَابْتَغِي الأَزْوَاجَ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ: لَمْ يَقَعْ بِهَذِهِ الْأَلْفَاظِ طَلَاقٌ، إِلَّا أَنْ يَكُونَا فِي مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ فَيَقَعُ بِهَا الطَّلَاقُ فِي الْقَضَاءِ، وَلَا يَقَعُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى، إِلَّا أَنْ يَنْوِيَهُ) لأنَّ هذه الألفاظَ تحتمِلُ الطلاقَ وغيرَه، فلا يتعيَّنُ الطلاقُ إلا بنيةٍ أو دَلالةِ حالٍ، ومذاكَرةُ الطلاقِ دليلٌ عليه: فيقعُ قضاءً، ولا يقعُ ديانةً؛ لجواز إرادةِ غيرِه.

قال: (وَإِنْ لَمْ يَكُونَا فِي[1] مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ، وَكَانَا فِي غَضَبٍ، أَوْ خُصُومَةٍ: وَقَعَ الطَّلَاقُ بِكُلِّ لَفْظٍ لَا يَقْصِدُ بِهَا السَّبَّ وَالشَّتِيمَةَ) لدَلالةِ الغضبِ عليه.

قال: (وَلَا يَقَعْ بِمَا يُقْصَدُ بِهِ السَّبُّ وَالشَّتِيمَةُ، إِلَّا أَنْ يَنْوِيَهُ) لعدمِ اختصاصِ الغضَبِ بأحدِهما على التَّعيين.

(هـ)[2]: المصنِّفُ سوَّى بين هذه الألفاظ، وهذا فيما لا يصلحُ ردًّا، والجملةُ فيه أنَّ الأحوالَ ثلاثةٌ، حالةٌ مطلَقةٌ، وهي حالةُ الرِّضا، وحالةُ مُذاكَرةِ الطَّلاقِ، وحالةُ[3] الغضَبِ.

والكناياتُ ثلاثةُ أقسامٍ:

ما يصلُحُ جواباً وردًّا، وما يصلحُ جواباً لا ردًّا، وما يصلحُ جواباً ويصلحُ سبًّا وشتيمةً، ففي حالِ الرِّضا لا يكونُ شيءٌ منها طلاقاً إلَّا بالنيَّةِ، والقولُ له في إنكارِ النيَّةِ، وفي حالِ مذاكَرةِ الطلاقِ لم يصدَّقْ فيما يصلُحُ جواباً، ولا يصلُحُ ردًّا في القضاءِ، مثلُ

---

(١) في (ج) زيادة: «حال».

(٢) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (١/ ٢٣٥).

(٣) في (ج): «وحال».

قولِه: خليَّة، بريَّة، بائنٌ، بَتَّة، بتْلَة[1]، حرامٌ، اعتدِّي، أمرُك بيدِك، اختاري؛ لأنَّ الظاهرَ إرادةُ الطلاقِ عند سؤالِ الطلاقِ، ويصدَّقُ فيما يصلُحُ جواباً وردًّا مثلُ قوله: اخرجِي، اذهبِي، قومِي، تقنَّعِي، تخمَّري، وما يجرِي مجراها؛ لأنَّه احتملَ الردَّ وهو الأدنى، فحُملَ عليه، وفي حالِ الغضَبِ يصدَّقُ في جميعِ ذلك لاحتمالِ الردِّ والسَّبِّ إلا فيما يصلحُ للطلاقِ، ولا يصلُحُ للردِّ والشتمِ، كقوله: اعتدِّي، واختارِي، وأمرُكِ بيدِكِ، فإنه لا يصدَّقُ فيها؛ لأنَّ الغضَبَ يدلُّ على إرادةِ الطَّلاقِ، وعن أبي يوسُفَ في قولِه: لا مِلكَ لي عليكِ، لا سبيلَ لي عليكِ، وخلَّيْتُ سبيلَكِ، وفارقتُكِ.

(شط): وسرَّحتُك، والحَقِي بأهلِكِ، أنَّه يصدَّقُ في حالةِ الغضَبِ لِما فيه من احتمالِ الشَّتمِ.

قلتُ: قال أصحابنا المتأخِّرون: الحلالُ عليَّ حرامٌ، وأنتِ حرامٌ، وحلالُ الله عليَّ حرامٌ، وكلُّ حِلٍّ عليَّ حرامٌ، طلاقٌ بائنٌ، ولا يفتقِرُ إلى النيةِ بالعُرفِ، حتى قال في (قب): كلُّ حلالٍ[2] عليَّ حرامٌ: إن نوى يميناً فهو يمينٌ، ولا تدخلُ امرأتُه إلا بالنيَّةِ، فإن لم ينوِها فهو على المأكولِ والمشروبِ، قال مشايخُ بلْخ: إنَّ محمداً إنما أجابَ على عُرفِ ديارِهم، أمَّا في عُرفِ بلادنا: يريدون تحريمَ المنكُوحةِ، فيُحمَلُ عليه.

قلتُ: ومشايخُ خوارِزمَ من المتقدِّمين والمتأخِّرين كانوا يُفتُونَ بأنَّ لفظَ التسريحِ بمنزلةِ الصَّريحِ، يقعُ به طلاقٌ رجعِيٌّ بدونِ النيَّةِ.

(جش): صدرُ القضاةِ في «شرح الجامع الصغير»: كلُّ شيءٍ ذكَرتُ لك إذا قال: لم أنوِ الطَّلاقَ فعليه اليمينُ إن ادَّعتِ الطَّلاقَ، وإن لم تدَّعِ يحلِفُ أيضاً حقًّا لله تعالى.

---

(١) من البتل، وهو: الانقطاع.

(٢) في (ج): «كل حل».

(ن): قال أبو نصرٍ: قلتُ لمحمَّدِ بنِ سلَمةَ: أيحلِّفُه الحاكمُ أم هي تحلِّفُه؟ قال: يُكتَفى بتحليفِها إيَّاهُ في منزلِه.

(ث): إذا حلَّفتَه فحلَفَ، فهي امرأتُه، وإلَّا رافَعتْه إلى القاضِي، فإنْ نكَلَ عن اليمينِ عندَه فرَّقَ بينهما.

(صغرى): طلَّقَ المدخولَ بها ثمَّ قال في العِدَّة: عنيتُ تلك التَّطليقةَ بائنةً، أو قال: جعلتُها ثلاثاً، فعندَ أبي يوسُفَ: تكونُ بائناً، ولا تكونُ ثلاثاً، وعندَ محمَّدٍ: لا تكونُ بائناً ولا ثلاثاً، وعندَ أبِي حنيفةَ: يكون بائناً وثلاثاً.

(جش م): قال لها: أنتِ طالقٌ بائنٌ وبائنٌ وبائنٌ مُريداً بكلِّ واحدةٍ منها طلاقاً، وقعَ الأولى وبطَلَ الأُخرَيان، ولو قال:[1] أنتِ بائنٌ، أنتِ طالقٌ بائنٌ، أنتِ طالقٌ بائنٌ، إن أراد بالأولِ الطلاقَ: فهي ثلاثٌ، ولو قال: أنتِ عليَّ حرام مرتَين، إنْ نوى الطلاقَ طلُقَت ثنتَين، وكذا لو قال: اغرُبي، أو تقنَّعي مرتَين، ولو قال: إن دخلتِ الدارَ فأنتِ بائنٌ وبائنٌ وبائنٌ مُريداً بها الطلاقَ، فثلاثٌ إذا دخلَتْ، وعن محمدٍ: اذهبي ألفَ مرةٍ مُريداً به الطلاقَ، فهي ثلاثٌ[2].

(ظم): أنتِ حرامٌ ألفَ مرةٍ: تقعُ واحدةً.

قلت: فعلى هذا ينبغي أن لا يقعَ فيما مرَّ إلا واحدةً.

(شت): إنْ فعلتُ كذا فحلالُ الله عليَّ حرامٌ، وله أربعُ نِسوةٍ وفعَلَ: تقعُ على واحدةٍ، وعليه الأكثرُ، وقيل: طلُقنَ جميعاً.

قلتُ: ثم الكناياتُ كلُّها بوائنُ عندنا إلا الثلاثة المذكورةَ، وعند الشافعيِّ[3]:

---

(١) في (ش): «ولو قال: أنت بائن أنت طالق بائن أنت طالق بائن إن أراد».

(٢) في (ج): «فهي الثلاث».

(٣) انظر: «الحاوي الكبير» (١٠/ ١٦٠).

رواجعُ؛ لأنَّها لا تفضُلُ على الصَّريحِ، والصَّريحُ رجعيٌّ، فالكنايةُ أولى، ولنا: أنَّه من أهلِ الإبانةِ، واللفظُ لفظُ الإبانةِ، والمحلُّ قابلٌ للبينونةِ، فتَبينُ كالخُلعِ، وإنما تَصِحُّ نيةُ الثلاثِ؛ لأنَّ البينونةَ خفيفةٌ وغليظةٌ، فأيَّهما[1] نوَى: صحَّتْ، وإنْ نوى الثِّنتَين: لا يصِحُّ؛ لأنَّ اللفظَ لا يحتمِلُ العددَ خلافاً لزُفرَ على ما مرَّ.

وإِذَا وَصَفَ الطَّلَاقَ بِضَرْبٍ مِن الزِّيَادَةِ وَالشِّدَّةِ: كَانَ بَائِنًا مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: أَنْتِ طَالِقٌ بَائِنٌ، أَوْ طَالِقٌ أَشَدَّ الطَّلَاقِ، أَوْ أَفْحَشَ الطَّلَاقِ، أَوْ طَلَاقَ الشَّيْطَانِ، أَوْ طَلَاقَ الْبِدْعَةِ، أَوْ كَالْجَبَلِ، أَوْ مِلْءِ الْبَيْتِ.

وَإِذَا أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى جُمْلَتِهَا، أَوْ إِلَى مَا يُعَبَّرُ بِهِ عَنِ الجُمْلَةِ: وَقَعَ الطَّلَاقُ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: أَنْتِ طَالِقٌ، أَوْ رَقَبَتُكِ طَالِقٌ، أَوْ عُنُقُكِ، أَوْ فَرْجُكِ، أَو بَدَنَكِ، أَوْ جَسَدُكِ، أَوْ رُوحُكِ، أَوْ وَجْهُكِ، وَكَذَلِكَ إِنْ طَلَّقَ جُزْءًا شَائِعًا، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: نِصْفُكِ، أَوْ ثُلُثُكِ، وَإِنْ قَالَ: يَدُكِ، أَوْ رِجْلُكِ طَالِقٌ: لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ.

وَإِنْ طَلَّقَهَا نِصْفَ تَطْلِيقَةٍ، أَوْ ثُلُثَ تَطْلِيقَةٍ: كَانَتْ طَالِقًا وَاحِدَةً.

قال: (**وَإِذَا وَصَفَ الطَّلَاقَ بِضَرْبٍ مِن الزِّيَادَةِ وَالشِّدَّةِ: كَانَ بَائِنًا مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: أَنْتِ طَالِقٌ بَائِنٌ، أَوْ طَالِقٌ أَشَدَّ الطَّلَاقِ، أَوْ أَفْحَشَ الطَّلَاقِ، وطَلَاقَ الشَّيْطَانِ، والبِدْعَةِ، وكَالْجَبَلِ، ومِلْءِ البَيْتِ**) لأنَّه وصَفَ الطلاقَ بوصفٍ زائدٍ، والزائدُ هو البينونةُ؛ لأنَّها تنفصِلُ عن أصل الطلاقِ.

(هـ)[2]: ثم الأصلُ عند أبي حنيفةَ أنَّه متى شبَّهَ الطلاقَ بشيءٍ: يقَعُ بائناً، أيَّ شيءٍ كان المشبَّهُ به، ذكَرَ العِظَمَ أو لم يذكُرْ، نحو قولِه: أنتِ طالقٌ كرأس الإبرةِ؛ لأنَّ التشبيهَ

---

(١) في (ج): «فأيتهما».

(٢) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (١/ ٢٣٣).

يقتضِي زيادةَ وصفٍ، وعندَ أبي يوسُفَ: إن ذكَرَ العِظَمَ تكونُ بائناً، وإلا: فلا أيَّ شيءٍ كان المشبَّهُ به، كقوله: مثلَ عِظَمِ رأسِ الإبرة؛ لأنَّ التشبيهَ قد يكونُ في التوحيدِ، أمَّا العِظَمُ فلا، وعند زُفرَ: إن كان المشبَّهُ به ممَّا يوصَفُ بالعِظَمُ عند الناسِ كالجبلِ يقَعُ بائناً، وإلَّا: فرجعيٌّ، وقيل: محمدٌ معَ أبي حنيفةَ، وقيل: معَ أبي يوسُفَ، ولو قال: تطليقةً شديدةً، أو طويلةً، أو عَرِيضةً فبائنٌ، وعن أبي يوسُفَ: أنَّه رجعِيٌّ؛ لأنَّ هذا الوصْفَ لا يليقُ به فيلغُو، ولنا ما مرَّ.

قال: (**وَإِذَا أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى جُمْلَتِهَا، أَوْ إِلَى مَا يُعَبَّرُ بِهِ عَنِ الجُمْلَةِ: وَقَعَ الطَّلَاقُ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: أَنْتِ طَالِقٌ، أَوْ رَقَبَتُكِ طَالِقٌ، أَوْ عُنُقُكِ، أَوْ فَرْجُكِ، أَو بَدَنَكِ، أَوْ جَسَدُكِ، أَوْ رُوحُكِ، أَوْ وَجْهُكِ**) لأنَّه يعبَّرُ بهذه الألفاظِ عن جميعِ البدنِ، أمَّا الجسَدُ والبدنُ فظاهرٌ، وأمَّا غيرُهما فكذلكَ، قالَ الله تعالى: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾ [المجادلة: ٣]، وقال تعالى: ﴿فَظَلَّتۡ أَعۡنَٰقُهُمۡ لَهَا خَٰضِعِينَ﴾ [الشعراء: ٤]، وقال عليه السَّلام: «لعَنَ اللهُ الفُروجَ على السُّروجِ»[1] ويقال: فلانٌ رأسُ القومِ، ووَجهُ العربِ، وهلَكَ روحُه؛ أي: نفسُه، والدمُ من هذا القبيلِ في روايةٍ، يقال: هُدرَ دمُه؛ أي: نفسُه.

قال: (**وَكَذَلِكَ إِنْ طَلَّقَ جُزْءًا شَائِعًا، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: نِصْفُكِ، أَوْ ثُلُثُكِ**) لأنَّ الجزءَ الشائعَ محلٌّ لسائرِ التصرُّفات كالبيعِ، فكذا الطَّلاق، لكن الطلاقُ لا يتجزَّأُ، فثبتَ في الكلِّ ضرورةً.

---

(١) قال العيني في «البناية شرح الهداية» (٥/ ٣١٢): الحديث غريب جدًا.

وروى ابن عدي في «الكامل في ضعفاء الرجال» (٦/ ٣١٣) عن ابن عباس قال: نهى رسول الله ﷺ ذوات الفروج أن يركبن السروج.

ونقل العيني في «البناية» تضعيفه ثم قال: حديث ابن عدي أجنبي عن ذلك. أي: لا شاهد فيه.

قال: (وَإِنْ قَالَ: يَدُكِ[١]، أَوْ رِجْلُكِ طَالِقٌ: لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ) وقال زُفرُ والشافعيُّ[٢]: يقعُ، وهكذا في كلِّ جزءٍ لا يعبَّرُ به عن البدنِ؛ لأنَّه جزءٌ مستمتَعٌ بالنكاحِ، فيكونُ محلًّا لحكمِ الطلاقِ؛ لأنَّه وُضِعَ لإزالةِ قيدِ النكاحِ، وإذا كان محلًّا لحُكمِه تثبُتُ فيه قضيَّةُ الإضافةِ، ثمَّ يسرِي إلى الكلِّ كما في الجزءِ الشائعِ.

ولنا: أنَّه أضافَ الطلاقَ إلى غيرِ محلِّه فيلغو، كما إذا أضافه إلى ريقِها أو ظُفرِها، وهذا لأنَّ محلَّ الطلاق هو محلُّ قيدِ النكاح، ولا قيدَ في اليدِ، ولهذا لا يصِحُّ إضافةُ النكاح إليه، بخلاف الجزءِ الشائعِ؛ لأنَّه يصِحُّ إضافةُ النكاح إليه عندنا.

(هـ)[٣]: واختُلفَ في الظهرِ والبطنِ، والأصحُّ أنَّه لا يصِحُّ؛ لأنَّه لا يعبَّرُ بهما عن جميعِ البدن.

(شق): ولو قال: رأسُكِ طالقٌ؛ مريداً به العضوَ دونَ الجملةِ: لم يقعْ.

قال: (وإنْ طَلَّقَهَا نِصفَ تَطْلِيقَةٍ، أَوْ ثُلُثَ تَطْلِيقَةٍ: كَانَتْ طَالِقًا وَاحِدَةً) لأنَّ الطلاقَ لا يتجزأُ، فكان ذِكرُ بعضِه كذِكرِ كلِّه، وهكذا في كلِّ جزءٍ سمَّاه، ولو قال: أنتِ طالقٌ ثلاثةَ أنصافِ تطليقتَين: فهي ثلاثٌ، ولو قال: تطليقةً فثنتان، وقيل: ثلاثٌ، ولو قال لامرأتَيه: بينكما تطليقةٌ، وقعَتْ على كلِّ واحدةٍ طلقةٌ كاملةٌ، ولو قال لأربع نسوةٍ: بينكنَّ تطليقتان: وقعَتْ على كلِّ واحدةٍ تطليقةٌ، ولو أرادَ قسمةَ كلِّ تطليقةٍ بينهنَّ وقعَتْ على كلِّ واحدةٍ تطليقَتانِ؛ لأنَّه غلَّظَ على نفسِه.

---

(١) في (ش) و(ص): «يديك».

(٢) انظر: «الحاوي الكبير» (١٠/ ٢٤١).

(٣) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (١/ ٢٢٦).

وَطَلَاقُ الْمُكْرَهِ والسَّكْرَانِ: وَاقِعٌ.

وَيَقَعُ الطَّلَاقُ إذَا قَالَ: نَوَيْتُ بِهِ الطَّلَاقَ، وَيَقَعُ طَلَاقُ الْأَخْرَسِ بِالْإِشَارَةِ.

قال: (وَطَلَاقُ المُكْرَهِ والسَّكْرَانِ: وَاقِعٌ) أمَّا المكرَهُ فمذهبُنا، وقال الشافعيُّ[1]: لا يقَعُ لقولِه عليه السَّلام: «رُفِعَ عن أمَّتي الخطأُ والنسيانُ وما استُكرِهوا عليه»[2] ولنا ما مرَّ، وما روى صفوانُ بنُ عمرَ الطائيُّ: أنَّ امرأةً جلسَتْ على صدرِ زوجِها، ووضعَتِ السكِّينَ على حلقِه، فقالت: لأذبحنَّكَ أو لتطلِّقْني[3] ثلاثاً، فناشَدَها اللهَ فأبت عليه، فطلَّقَها ثلاثاً، فذُكِرَ ذلك للنبي عليه السَّلام فقال: «لا قَيلولةَ في الطلاق»[4]، ولأنَّ أثرَ الإكراهِ في فقدِ الرضا، وإنَّه لا يمنعُ الوقوعَ، كطلاقِ الهازلِ، وأمَّا الحديثُ؛ فالمرادُ به رفعُ المأثمِ[5].

(شق): وأمَّا السكرانُ، فقال أصحابُنا: يقَعُ، واختيارُ أبي الحسَنِ: أنه لا يقعُ، وهو

---

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (١٠/ ٢٢٧).

(٢) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٢/ ٦٤): هذا لا يوجد بهذا اللفظ، وإن كان الفقهاء كلهم لا يذكرونه إلا بهذا اللفظ.

وروى ابن ماجه (٢٠٤٥)، وابن حبان في «صحيحه» (٧٢١٩)، والحاكم في «المستدرك» (٢٨٠١) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما، بلفظ: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه». وعند بعضهم: تجاوز، بدل: وضع.

قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ووافقه الذهبي. وقال الزيلعي في «تخريج أحاديث الكشاف» (٣/ ٩٧): رواه ابن ماجه بسند ضعيف لكن صححه ابن حبان والحاكم.

(٣) في (ج): «تطلقني».

(٤) رواه محمد في «الأصل/ قطر» (٧/ ٢٩٩)، وسعيد بن منصور في «سننه» (١١٣٠)، والعقيلي في «الضعفاء الكبير» (٢/ ٢١١). وضعف، انظر: «نصب الراية» (٣/ ٢٢٢).

(٥) في (ج): «الإثم».

قولُ الطحَاويِّ وأحدُ قولي الشافعيِّ[١] اعتباراً بالمبنَّجِ؛ أي: الذي سُقيَ البَنجَ في الدواء، ولنا: أنَّه مكلَّفٌ لوجوبِ حدِّ القذفِ عليه والقوَدِ بالإجماعِ، وطلاقُ المكلَّفِ واقعٌ كالهازلِ، وأمَّا المبنَّجُ فليسَ بعاصٍ فيه، بخلافِ السَّكرانِ.

قال (شد): وطلاقُ السَّكران وخُلعُه ونكاحُه: جائزٌ، وبه مالكٌ[٢]، وقال أبو الحسن الكَرْخيُّ وأبو القاسم الصفَّارُ: لا يقعُ، وقال أبو نصر ابنُ سلامٍ: إن شرِبَ طائعاً: وقَعَ، وإلا: فلا، واختلَفُوا في حدِّ السُّكر، فإن كان الأمرُ عليَّ يكفِي عن أصحابِنا أنَّه: هو الذي لا يميِّزُ الأرضَ من السماءِ، والرجلَ من المرأةِ، ولا شُبهةَ في أنَّ طلاقَه وبيعَه وعِتاقَه وخُلعَه: باطلٌ، وإن كانَ معه من العقلِ والتَّمييزِ ما يقومُ به التَّكليفُ والخِطابُ فهو كالصَّاحي: فيصِحُّ منه ذلك، قلتُ: وهذا سبيلٌ حسَنٌ لا بد من حفظِه، فالناسُ عنه غافلونَ[٣].

قال: (**وَيَقَعُ الطَّلَاقُ إِذَا قَالَ: نَوَيْتُ بِهِ الطَّلَاقَ**) قلتُ: وقد اختلَف نُسخُ «المختصَرِ» والشروحِ له، ففي أعمِّها لم يذكُرْ هذه الزيادةَ، وفي بعضِها ذُكِرَتْ لكن بألفاظٍ مختلفةٍ، ففي «شرح السَّرَخْسيِّ لمختصر القُدوريِّ»: وطلاقُ المكرَهِ والسكرانِ واقعٌ إذا قال: نوَيتُ به الطلاقَ، وفي (**شق**): ويقعُ الطلاقُ إذا قال: نوَيتُ به الطلاقَ، ثم قال أبو نصرٍ الأقطعُ: وليسَ هذا مذهبَ أصحابِنا، ولعل صاحبَ الكتاب كان قوِيَ عنده مذهبُ أبي الحسَنِ في أنَّه لا يقعُ طلاقُه، فإذا قال: نوَيتُ به الطلاقَ صُدِّقَ بالإجماعِ، وفي بعضِ النسخِ: «ويقعُ الطلاقُ بقولِه: أنت حرةٌ إذا قال: نوَيتُ به الطلاقَ» قلت: وإنه حسَنٌ وتقريرٌ لمذهبِ أصحابِنا أنَّ صريحَ طلاقِ السكرانِ وكنايتَه إذا اقترنَتْ بها النيةُ معتبَرٌ

---

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (١٠/ ٢٣٥).

(٢) انظر: «المدونة» (٢/ ٧٩).

(٣) هذه الفقرة سقطت من (ش) و(ج).

وواقعٌ، ومحصولُ ما قاله السرَخْسيُّ وأبو نصرِ الأقطعُ واحدٌ، وعُذرُه حسَنٌ، ولكنَّ تركَ الزيادةِ أو ذكرَها على الوجهِ الأخيرِ أقيسُ وأليقُ بمذهَبِ أصحابِنا.

(جس): ارتدَّ السكرانُ: لم تبِنِ امرأتُه منه.

(خك): شربَ الخمرَ فصدَّعته، فزالَ عقلُه بالصُّداعِ فطلَّق: وقعَ عند أبي حنيفةَ خلافاً لمحمد.

(جع): سكِرَ الوكيلُ فطلَّقَ: لا يقعُ؛ لأنَّ ضررَه يرجِعُ إلى الموكِّلِ، ولم يجزْ.

(شص): سكِرَ لا بفِعلٍ محظورٍ؛ بأن أُكرِهَ على شُربِ الخمر، فحُكمُه في التصرُّفات حكمُ المجنون بلا خلافٍ.

(شب): السكرانُ الذي يصِحُّ منه التصرُّفاتُ أن يصيرَ بحالٍ يستحسِنُ ما يستقبِحُه الناسُ، ويستقبِحُ ما يستحسِنونَه، لكن يعرِفُ الرجلَ من المرأةِ، والأرضَ من السماء، وأمَّا السُّكرُ الموجِبُ للحدِّ؛ أن لا يعرِفَ ذلك أيضاً، فلا جرَمَ لا تصِحُّ تصرُّفاتُه، وفي «جملِ الفقه»: يجوزُ أفعالُ السَّكران من الطلاقِ والعتاقِ والنكاحِ والبيعِ والشراء، وتلزَمُه الجناياتُ؛ ما جَنى وما جُنيَ عليه، وأداءُ الفرائضِ من الطَّهاراتِ والصَّلواتِ والصيامِ والحجِّ والزكاةِ جائزٌ عنه إذا وضعَه موضِعَه وهو سكرانُ وأدَّى ما أُمرَ به، ووصَاياه جائزةٌ من الثُّلثِ.

(شط): ذكَرَ الاختلافَ في المتَّخَذِ من الحبُوبِ والحلاواتِ، ثم قال: ونفاذُ تصرُّفاتِه على حسَبِ الاختلافِ في إيجابِ الحدِّ.

قال: (**وَيَقَعُ طَلَاقُ الأَخْرَسِ بالإِشَارَةِ**) لأنَّه عاجزٌ عن النُّطقِ، فأُقيمتِ الإشارةُ مَقامَه تيسيراً وإنَّه استحسانٌ، والقياسُ أن لا يقَعَ لأنَّها محتمِلةٌ.

(شق): ويقعُ طلاقُ اللَّاعبِ والهازلِ، ومَن سبَقَ لسانُه إلى الطلاقِ من غيرِ قصدٍ،

وبالكتابةِ المستبينةِ: أمَّا بعدُ؛ يا فلانةُ، إذا أتاكِ كتابي هذا فأنتِ طالقٌ، وأمَّا إذا كتب: إذا وصلَ كتابي إليكِ فأنت طالقٌ، ولم يُسمِّها: لا يقعُ إلا بالنِّيةِ، وبالكتابةِ على الماءِ والهواءِ والأرضِ إذا لم يستبِنْ: لا يقعُ شيءٌ.

وَإِذَا أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى النِّكَاحِ: وَقَعَ عَقِيبَ النِّكَاحِ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: إِنْ تَزَوَّجْتُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ، أَوْ كُلُّ امْرَأَةٍ أَتزَوَّجُهَا فَهِيَ طَالِقٌ.

وَإِذَا أَضَافَه إِلَى شَرْطٍ: وَقَعَ عَقِيبَ الشَّرْطِ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ.

وَلَا يَصِحُّ إِضَافَةُ الطَّلَاقِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْحَالِفُ مَالِكًا، أَوْ يُضِيفَهُ إِلَى مِلْكٍ، فَإِنْ قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ: إِنْ دَخَلْت الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا، فَدَخَلَت الدَّارَ: لَمْ تطْلُقْ.

وَأَلْفَاظُ الشَّرْطِ: إِنْ، وَإِذَا، وَإِذَا مَا، وَكُلُّ، وَكُلَّمَا، وَمَتَى، وَمَتَى مَا، وَفِي كُلِّ هَذِهِ الشُّرُوطِ إِذَا وُجِدَ الشَّرطُ انْحلَّت الْيَمِينُ ووقَعَ الطَّلَاقُ إِلَّا فِي: «كُلَّمَا»: فَإِنَّ الطَّلَاقَ يَتكَرَّرُ بِتكَرُّرِ الشَّرْطِ، حَتَّى يَقَعَ ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ فَإِنْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ ذَلِكَ، وَتكَرَّرَ الشَّرْطُ: لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ.

قال: (**وَإِذَا أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى النِّكَاحِ: وَقَعَ عَقِيبَ النِّكَاحِ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: إِنْ تَزَوَّجْتُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ، أَوْ كُلُّ امْرَأَةٍ أَتزَوَّجُهَا فَهِيَ طَالِقٌ**) وقال الشافعيُّ[1]: لا يقعُ؛ لقولِه عليه السَّلام: «لا طلاقَ قبل النِّكاح»[2]، وقياساً على ما إذا قال لأجنبيةٍ: إن دخلتِ

---

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (١٠/ ٢٥).

(٢) رواه ابن ماجه (٢٠٤٨)، والبزار في «مسنده» (٦/ ٤٣٩) (٢٤٧٢)، والطبراني في «المعجم الأوسط» (٧٠٢٨) من حديث المسور بن مخرمة رضي الله عنه.

ورواه الطبراني في «المعجم الأوسط» (٨٢٩٦)، والحاكم في «المستدرك» (٣٥٧٣) من حديث جابر رضي الله عنه

الدارَ فأنتِ طالقٌ، ثم تزوَّجَها فدخلتِ الدارَ، لا تطلُقُ، ولنا قولُه عليه السَّلام: «كلُّ طلاقٍ واقعٌ»(١) ولأنَّه يمينٌ بالطلاقِ؛ لأنَّه فيه ذِكرَ شرطٍ وجزاءٍ، فلا يُشترطُ قيامُ المِلك كسائرِ الأيمانِ، والفقهُ فيه أنَّ الوقوعَ عندَ الشرطِ والمِلك ثَمَّة متيقَّنٌ به، والتعليقُ يمنعُ التأثيرَ، وإنه قائمٌ بالمتصرِّف، والحديثُ محمولٌ على نفِي التَّنجيزِ بالنقلِ عن السلَفِ كالزُّهريِّ ومكحولٍ والشعبيِّ وإبراهيمَ النخَعيِّ وغيرهم.

قلتُ: وقد ظفرتُ بروايةٍ عن محمدٍ أنَّه لا يقَعُ، وبه كان يُفتي كثيرٌ من أئمَّة خوارِزمَ.

قال: (وإِذَا أَضَافَه إِلَى شَرْطٍ: وَقَعَ عَقِيبَ الشَّرْطِ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ) لأنَّ المِلكَ قائمٌ للحالِ، فصحَّ يميناً أو إيقاعاً.

قال: **(وَلَا يَصِحُّ إِضَافَةُ الطَّلَاقِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الحَالِفُ مَالِكًا، أَوْ يُضِيفَهُ إِلَى مِلْكٍ، فَإِنْ قَالَ لأَجنَبيَّةٍ: إِنْ دَخَلْت الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا، فَدَخَلَت الدَّارَ: لَمْ تَطْلُقْ)** لأنَّه(٢) تصرُّفٌ في المملوكِ: فلا يصِحُّ بدونِه.

قال: **(وَأَلْفَاظُ الشَّرطِ: إِنْ، وَإِذَا، وَإِذَا مَا، وَكُلُّ، وَكُلَّمَا، وَمَتَى، وَمَتَى مَا)** لأنَّ الشرطَ هي العلامةُ، وأشراطُ الساعةِ: علاماتُها، وهذه الألفاظُ يَليها أفعالٌ هي علامةُ الحِنثِ، ثم كلِمةُ: (إنْ) حرفُ شرطٍ على الحقيقةِ؛ لأنَّها وُضعَت له، وما وراءَها ملحَقٌ بها، وكلمةُ كلُّ ليست بشرطٍ حقيقةً؛ لأنَّ الشرطَ ما يتعلَّقُ به الجزاءُ، والأجزيةُ أفعالٌ، وكلُّ يدخُلُ على الاسمِ دونَ الفعلِ، لكنَّه أُلحقَ بالشرطِ لتعلُّقِ الفعلِ بالاسمِ الذي يَليها، كقولك: كلُّ عبدٍ اشتريتُه فهو حرٌّ.

قال: (وَفي كُلِّ(٣) هَذِهِ الشُّرُوطِ إِذَا وُجِدَ الشَّرطُ انْحَلَّت الْيَمِينُ ووقَعَ الطَّلَاقُ إِلَّا

---

(١) تقدم في صدر الباب.

(٢) في (ج) زيادة: «غير».

(٣) في (ش) و(ف): «فكل هذه».

في: «كُلَّمَا» فَإِنَّ الطَّلَاقَ يَتكَرَّرُ بِتكَرُّرِ الشَّرْطِ، حَتَّى يَقعَ ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ، فَإِنْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ ذَلِكَ، وَتَكَرَّرَ الشَّرْطُ: لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) لأنَّ هذه الألفاظَ سوى «كلَّما» لا تقتضِي العمومَ والتّكرارَ، فبوجود الفعلِ مرةً يتِمُّ الشرطُ فينتهي اليمينُ؛ لأنَّه لا بقاءَ لليمينِ بدونِ الشرطِ إلا في: «كلما»، فإنَّه يقتضِي تعميمَ الأفعالِ، قال تعالى: ﴿كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُم بَدَّلْنَاهُمْ جُلُودًا غَيْرَهَا﴾ [النساء: ٥٦]، ومن ضرورةِ تعميمِها التّكرارُ، وإنما لم يقَعْ بعد الثلاثِ والتزوُّجِ بزوجٍ آخرَ شيءٌ؛ لأنَّه لمَّا استوفى الطَّلقاتِ الثلاثَ فقد استوفى المملوكَ بهذا النِّكاحِ، فلم يبقَ الجزاءُ، فلم يبقَ اليمينُ؛ لأنَّ قيامَ اليمينِ بالشرطِ والجزاءِ.

قلتُ: وفيما ذكرَ المصنِّفُ رحمه الله تفصيلٌ؛ وهو أنَّ كلمةَ: «كلَّما»، إذا دخلَتْ على التزوُّجِ يقَعُ في كلِّ مرةٍ ولو إلى ثلاثينَ وثلاثمائةٍ فصاعداً؛ لأنَّ هذه إضافةٌ إلى سببِ المِلك، فلا يتقيَّدُ اليمينُ بالمملوكِ، وإذا دخلَتْ على سائرِ الأفعالِ التي ليسَتْ بمِلكٍ ولا سببٍ من أسبابِ المِلكِ يتقيَّدُ اليمينُ حينئذٍ بالمملوكِ، فينتهي بانتهاء المملوكِ. وهذا هو التوفيقُ بين المذكورِ هاهنا وبين المذكورِ في كثيرٍ من الكُتُبِ أنَّه يقعُ في كلِّ مرة؛ لأنَّ وضعَ المسألةِ ثمَّةَ فيما إذا دخلَتْ «كلَّما» على التزوُّجِ، وفي «مختصر القُدوريِّ» محمولٌ على سائرِ الشروطِ[1].

وَزَوَالُ الْمِلْكِ بَعْدَ الْيَمِينِ: لَا يُبْطِلُهَا، فَإِنْ وُجِدَ الشَّرْطُ في ملكٍ: انْحَلَّتْ الْيَمِينُ، وَوَقَعَ الطَّلَاقُ، وَإِنْ وُجِدَ فِي غَيْرِ مِلْكٍ: انْحَلَّتْ الْيَمِينُ وَلَمْ يَقَعْ شَيْءٌ.

قال: (وَزَوَالُ المِلْكِ بَعْدَ اليَمِينِ: لَا يُبْطِلُهَا) لأنَّ اليمينَ يصِحُّ ابتداءً مع عدم المِلك، ففي البقاءِ أَولى.

قال: (فَإِنْ وُجِدَ الشَّرْطُ فِي ملكٍ: انْحَلَّتْ الْيَمِينُ، وَوَقَعَ الطَّلَاقُ) لوجود الشرطِ وقَبول المحلِّ للجزاء.

---

(١) انظر: «مختصر القدوري» (ص: ١٥٦).

قال: (وَإِنْ وُجِدَ فِي غَيْرِ مِلْكٍ: انْحَلَّتْ الْيَمِينُ، وَلَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) أمَّا انحِلالُها فلوجودِ الشرطِ، وعدمُ الجزاءِ لانعدامِ المحليَّة، وصورتُه: قالَ لامرأتِه: إن دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ، ثم طلَّقَها ودخلَتِ الدارَ في العِدَّة، انحلَّتِ اليمينُ ووقعَ الطلاقُ، وإن دخلَتْ بعد انقضاءِ عدَّتِها قبل التزوُّجِ انحلَّتِ اليمينُ ولم يقعْ شيءٌ، ولو دخلت بعدما تزوَّجها بعد العِدَّةِ: يقعُ.

وَلو اخْتَلَفَا فِي وُجُودِ الشَّرْطِ: فَالقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ فِيْهِ، إلَّا أَنْ تُقِيمَ الْمَرْأَةُ بَيِّنَةً عَلى ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ الشَّرْطُ لَا يُعْلَمُ إلَّا مِنْ جِهَتِهَا: فَالقَوْلُ قَوْلُهَا فِي حَقِّ نَفْسِهَا، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: إنْ حِضْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَقَالَتْ: قَدْ حِضْتُ: طَلُقَتْ، وَإِنْ قَالَ: إذَا حِضْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَفُلَانَةٌ، فَقَالَتْ: قَدْ حِضْتُ، طَلُقَتْ هِيَ، وَلَمْ تَطْلُقْ فُلَانَةُ.

وَلو قَالَ: إذَا حِضْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَرَأَت الدَّمَ: لَمْ تَطْلُقْ حَتَّى يَسْتَمِرَّ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَإِذَا تَمَّتْ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ: حَكَمْنَا بِالطَّلَاقِ مِنْ حِينِ حَاضَتْ، وَإِذَا قَالَ لَهَا: إنْ حِضْتِ حَيْضَةً فَأَنْتِ طَالِقٌ: لَمْ تَطْلُقْ حَتَّى تَطْهُرَ مِنْ حَيْضَتِهَا.

قال: (ولو اخْتَلَفَا فِي وُجُودِ الشَّرْطِ: فَالقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ فِيهِ، إلَّا أَنْ تُقِيمَ المَرْأَةُ بَيِّنَةً عَلى ذَلِكَ) لأنَّه متمسِّكٌ بالأصلِ، وهو عدمُ الشَّرطِ.

قال: (فَإِنْ كَانَ الشَّرْطُ لَا يُعْلَمُ إلَّا مِنْ جِهَتِهَا: فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي حَقِّ نَفْسِهَا، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: إنْ حِضْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَقَالَتْ: قَدْ حِضْتُ: طَلُقَتْ) وهذا استحسانٌ، والقياسُ: أن لا يقعَ؛ لأنَّه شرطٌ، فأشبَهَ الدخولَ، وجهُ الاستحسانِ: أنَّها أمينةٌ في حقِّ نفسِها إذا لم يُعلَمْ ذلك إلَّا من جهتِها، كما في العِدَّةِ والغشيانِ إذا قالت: أنا حائضٌ.

قال: (وَإِنْ قَالَ: إذَا حِضْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَفُلَانَةٌ، فَقَالَتْ: قَدْ حِضْتُ، طَلُقَتْ هِيَ، وَلَمْ تَطْلُقْ فُلَانَةُ) لأنَّها أمينةٌ في حقِّ نفسِها، شاهدةٌ في حقِّ غيرِها، بل متهمةٌ، فلا يقبَلُ قولُها، كأحدِ الورثةِ إذا أقرَّ بدَينٍ على الميِّتِ وكذَّبه الورثةُ[1].

---

(١) في (ج): «الباقون».

قال: (ولو قَالَ: إذَا حِضْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَرَأَت الدَّمَ: لَمْ تَطْلُقْ حَتَّى يَسْتَمِرَّ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَإِذَا تَمَّتْ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ: حَكَمْنَا بِالطَّلَاقِ مِن حِينِ حَاضَتْ) لأنَّه تبيَّنَ أن الدمَ من أوَّلِه كان حيضاً.

قال: (وَإِذَا قَالَ لَهَا: إنْ حِضْتِ حَيْضَةً فَأَنْتِ طَالِقٌ: لَمْ تَطْلُقْ حَتَّى تَطْهُرَ مِنْ حَيْضَتِهَا) لأنَّ الحيضَةَ اسمٌ للكاملةِ، قال عليه السَّلام: «ولا حائلَ حتى تستبرَئَ بحيضَةٍ»[1].

وَطَلَاقُ الْأَمَةِ تَطْلِيقَتَانِ، حُرًّا كَانَ زَوْجُهَا أَوْ عَبْدًا، وَطَلَاقُ الْحُرَّةِ ثَلَاثٌ، حُرًّا كَانَ زَوْجُهَا أَوْ عَبْدًا.

وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجلُ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا: وَقَعْنَ عَلَيهَا، فَإِنْ فَرَّقَ الثَّلَاثَ عَلَيهَا: بَانَتْ بِالْأُولَى، وَلَمْ تَقَع الثَّانِيَةُ، وَلو قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً: وَقَعَتْ عَلَيْهَا وَاحِدَةٌ، وَلَو قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً قَبْلَ وَاحِدَةٍ، أَو قَالَ بَعدهَا وَاحدَةً: وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ، وَإِنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً قَبْلَهَا وَاحِدَةٌ، أَو بَعدَ واحدَةٍ، أَو مَعَ وَاحِدَةٍ، أَو مَعهَا وَاحِدَةٌ: وَقَعَتْ ثِنْتَانِ.

وَإِنْ قَالَ لَهَا: إنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً، فَدَخَلَتْ: وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

قال: (وَطَلَاقُ الْأَمَةِ: تَطْلِيقَتَانِ[2]؛ حُرًّا كَانَ زَوْجُهَا أَوْ عَبْدًا، وَطَلَاقُ الْحُرَّةِ: ثَلَاثٌ، حُرًّا كَانَ زَوْجُهَا أَوْ عَبْدًا) والجملةُ فيه أنَّ الطلاقَ معتبرٌ بالنساءِ عندنا، وكذا العِدَّةُ،

---

(١) رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» كما في «نصب الراية» (٣/ ٢٣٤) عن علي قال: نهى رسول الله ﷺ أن توطأ الحامل حتى تضع، أو الحائل حتى تستبرأ بالحيضة. وروى الدارمي في «سننه» (٢٣٤١)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (٣٠٤٨)، والحاكم في «المستدرك» (٢٧٩٠) وصححه، عن أبي سعيد رضي الله عنه مرفوعاً. ورواه الدارقطني في «سننه» (٣٦٤٠) عن ابن عباس رضي الله عنه.

(٢) في (ج): «ثنتان».

وقال الشافعيُّ[١]: الطلاقُ معتبَرٌ بالرجالِ، والعِدَّةُ بالنساءِ؛ لقولِه عليه السَّلام: «الطَّلاقُ بالرِّجالِ والعِدَّةُ بالنِّساءِ»[٢]، ولأنَّ المِلكَ في الطلاقِ له، فكانَ المعتبَرُ حالَه.

ولنا: قوله عليه السَّلام: «طلاقُ الأمَةِ تطليقتان، وعدَّتُها حَيضَتان»، رواه ابنُ عمرَ وعائشةُ رضي الله عنهما[٣]، ولأنَّ الطلاقَ يُزيلُ الحِلَّ، والحِلُّ في الحرةِ أوسَعُ؛ لأنَّه إنما يثبُتُ شرَفاً وكرامةً، والحرةُ أشرفُ من الأمَةِ، وما رواه الخصمُ مطعونٌ؛ لأنَّه لم يذكُرْه إلا القتَبيُّ، وقد طُعِنَ في حديثِه[٤].

قال: (وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجلُ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا: وَقَعْنَ عَلَيْهَا) لأنَّها نزلَتْ جملةً.

---

(١) انظر: «المجموع» (١٧/ ٧).

(٢) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٢٢٥): غريب مرفوعاً. ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٢٩٤٦) عن عثمان وزيد رضي الله عنهما. ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٢٩٥٠)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٥١٧٨) عن ابن عباس رضي الله عنه.
ورواه الطبراني في «المعجم الكبير» (٩/ ٣٣٧) (٩٦٧٩)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٥١٧٦) عن ابن مسعود رضي الله عنه.

(٣) رواه أبو داود (٢١٨٩)، والترمذي (١١٨٢)، وابن ماجه (٢٠٨٠)، والطبراني في «المعجم الأوسط» (٦٧٤٩)، والدارقطني في «السنن» (٤٠٠٣) من حديث عائشة رضي الله عنها.
قال أبو داود: هو حديث مجهول. وقال الترمذي: حديث غريب. وضعفه ابن حجر في «الدراية» (٢/ ٧٠) بمظاهر بن أسلم.
ورواه الدارقطني في «السنن» (٣٩٩٤) من حديث ابن عمر رضي الله عنه إلا أنه رجح وقفه.

(٤) هو: أبو محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة، المروزي، الدينوري، وقد تكلم فيه بما لا يثبت عنه، وقد رد عنه الذهبي بقوله: قال الحاكم: أجمعت الأمة على أن القتبي كذاب. قلت: هذه مجازفة وقلة ورع، فما علمت أحدًا اتَّهمه بالكذب قبل هذه القولة، بل قال الخطيب: إنه ثقة. انظر: «سير أعلام النبلاء» للذهبي (١٣/ ٢٩٦).

قال: (**فَإِنْ فَرَّقَ الثَّلاثَ عَليهَا: بَانَتْ بِالْأُولَى، وَلَمْ تَقَع الثَّانِيَةُ**) والثالثة؛ بأن قالَ: أنت طالِقٌ، أنتِ طالِقٌ، أنتِ طَالِقٌ؛ لأنَّه لا مِلكَ ولا عِدَّةَ وقتَ وجودِ الثَّانيةِ والثَّالثةِ.

قال: (**ولو قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً: وَقَعَتْ عَلَيْهَا وَاحِدَةٌ**) لِما بيَّنَّا.

قال: (**وَلَو قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً قَبْلَ وَاحِدَةٍ، أَو قَالَ بَعدهَا وَاحِدَةً: وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ، وَإِنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً قَبْلَهَا وَاحِدَةٌ، أَو بَعدَ واحدَةٍ، أَو مَعَ وَاحِدَةٍ، أَو مَعهَا وَاحِدَةٌ: وَقَعَتْ ثِنْتَانِ**) أمَّا إذا قال: مع واحدةٍ، أو معها واحدةٌ؛ فلأنَّ كلمةَ: «مع» للقِران، وأمَّا مسألةُ: «قبلَ» و«بعدَ»، فالأصلُ في ذلك أنَّ كلمةَ الظرفِ متى دخلَ بين اسمَين، فإن لم يُقرَنْ بها الكنايةُ كانت صفةً للأول، تقول: جاءني زيدٌ قبل عمرٍو، فالقبليةُ فيها صفةٌ لزيدٍ، وإن قُرنَتْ بهاء الكنايةُ كانت صفةً للثانية، تقول: جاءني زيدٌ قبله عمرٌو، فالقبليةُ فيها صفةٌ لعمرٍو، فإذا قال: أنتِ طالقٌ واحدةً قبل واحدةٍ، فقد وقعَ الأولى قبلَ الثانيةِ، فبانت بها، فلا تقعُ الثانيةُ، ولو قال: بعدَها واحدةٌ فكذلك؛ لأنَّه وصفَ الثانيةَ بالبعديَّةِ، ولو لم يصِفْها بها لم تقَعْ، فهذا أَولى، وأمَّا إذا قال: واحدةٌ قبلها واحدةٌ، تقعُ ثِنتان؛ لأنَّ إيقاعَ الطلاقِ في الماضِي إيقاعٌ في الحالِ لامتناعِ الاستنادِ إلى الماضِي، فيقترِنانِ فتقعُ ثِنتَانِ، وكذا في: واحدةً بعد واحدةٍ؛ لأنَّه جعَلَ البعديةَ صفةً للأولى، فاقتضَى إيقاعَ الثَّانيةِ قبلَها، فكانَ إيقاعاً في الحالِ فيقترِنَانِ.

(هـ)[1]: وعن أبي يوسُفَ في قولِه: معَها واحدةٌ: يقَعُ واحدةً؛ لأنَّ الكنايةَ تستدعِي سبْقَ المكنَّى عنه، ولنا: أنَّ المعيَّةَ تُنافِي السَّبقَ، وهذا كلُّه قبلَ الدُّخولِ بها، وفي المدخُولِ بها تقعُ ثنتانِ في الكلِّ.

قال: (**وَإِنْ قَالَ لَهَا: إِنْ دَخَلْتِ الدَّار فَأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً، فَدَخَلَتْ: وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ**) وقالا: تقعُ ثِنتَانِ.

---

(١) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (١/ ٢٣٤).

(هـ)[1]: ولو قال لها: أنتِ طالقٌ واحدةً وواحدةً إن دخلتِ الدارَ فدخلَتْ، وقعَتْ ثِنتانِ، لهما: أنَّ حرفَ الواو للجمعِ المطلَق، فتعلَّقنَ بالدخولِ جملةً، كما إذا قَدَّمَ الجزاءَ، ولأبي حنيفةَ: أنَّ الجمعَ المطلَقَ يحتمِلُ القِرانَ والترتيبَ، فعلى اعتبارِ التَّرتيبِ لا تقعُ الثانيةُ، فلا تقعُ بالشكِّ، بخلافِ ما إذا قَدَّمَ الجزاءَ وأَخَّرَ الشرطَ؛ لأنَّه اتصلَ بآخرِ الكلام ما يغيِّرُ أولَه؛ وهو التَّعليقُ، فيتوقَّفُ الأوَّلُ عليه، فيقعنَ جملةً، ولا مغيِّرَ[2] فيما إذا قدَّمَ الشرطَ.

(هـ)[3]: ولو عطَفَ بحرفِ الفاء فهو على هذا الخلافِ.

(ث): تقعُ فيه واحدةٌ بالاتفاقِ.

(شق): ولو قال: إنْ دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ ثم طالقٌ ثم طالقٌ، تُعلَّقُ الأُولى بالدُّخولِ، ثمَّ إنْ كان مَدْخولاً بها وقعَتِ الثانيةُ والثالثةُ للحالِ؛ لأنَّ: ثمَّ للتراخِي، فكأنَّه سكَتَ ثمَّ قال: أنتِ طالقٌ، وإنْ كانَتْ غيرَ مدخولٍ بها وقعَتِ الثانيةُ للحالِ دونَ الثالثة، وقالا: إنْ كانت مَدْخولاً بها وقعَتْ الثلاثُ؛ لأنَّه للعطفِ كالواو، وإلَّا: فواحدةٌ.

وَإِذَا قَالَ: لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ بمَكَّةَ: فَهي طَالقٌ فِي كُلِّ الْبِلَادِ، وكَذلِك أَنْتِ طَالِقٌ فِي الدَّارِ، وَلَو قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا دَخَلْتِ مَكَّةَ: لَمْ تَطْلُقْ حَتَّى تَدْخُلَ مَكَّةَ، وَإِذَا قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ غَدًا، وَقَعَ عَلَيْهَا الطَّلَاقُ بِطُلُوعِ الْفَجْرِ.

قال: (**وإِذَا قَالَ: لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ بِمَكَّةَ: فَهي طَالقٌ فِي كُلِّ الْبِلَادِ، وكَذلِك أَنْتِ طَالِقٌ فِي الدَّارِ**) لأنَّه نجَّزَ الطَّلاقَ وخصَّه بمكانٍ، والطَّلاقُ لا يختصُّ بمكانٍ دونَ مكانٍ، فعمَّ الأمكنَةَ.

---

(١) انظر المصدر السابق.

(٢) في (ف): «ولا معتبر».

(٣) المصدر المتقدم.

قال: (وَلَو قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا دَخَلْتِ مَكَّةَ: لَمْ تَطْلُقْ حَتَّى تَدْخُلَ مَكَّةَ) لأنَّه علَّقه بدخولِ مكةَ، فلا يقعُ قبله.

قال: (وَإِذَا قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ غَدًا، وَقَعَ عَلَيْهَا الطَّلَاقُ بِطُلُوعِ الْفَجْرِ) لأنَّه وصفَها بالطَّالقيَّة في جميعِ الغَدِ، وذلكَ لوقُوعِهِ[1] في الجزءِ الأوَّلِ منه، ولو نوَى بِهِ آخرَ النَّهارِ صُدِّقَ ديانةً لا قضاءً؛ لأنَّه محتمَلٌ، لكنَّه خلافُ الظاهرِ، بخلافِ ما إذَا قالَ: أنتِ طالقٌ في الغَدِ ونوَى آخرَ النهارِ، فيُصَدَّقُ قضاءً أيضاً عندِ أبِي حنيفَةَ؛ لأنَّ كلمةَ: «في» تقتَضِي الظرفيةَ لا الاستيعابَ، بخلاف قولِه: غداً؛ لأنَّه للاستيعابِ، كأنَّه وصفَها بهذه الصِّفةِ مضافةً إلى جميعِ الغَدِ.

(هـ)[2]: ونظيرُهما قولُه: والله لأصومنَّ[3] عُمْرِي، ينصرِفُ إلى العمرِ، ولو قالَ: في عُمْرِي، يكفيهِ صَومُ يومٍ أو دونَه.

وَإِذَا قَالَ لِامْرَأَتِهِ: اخْتَارِي نَفسَك يَنْوِي بِذَلِكَ الطَّلَاقَ، أَوْ قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَك: فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا مَا دَامَتْ فِي مَجْلِسِهَا ذَلِكَ، فَإِنْ قَامَتْ مِنْهُ، أَوْ أَخَذَتْ فِي عَمَلٍ آخَرَ: خَرَجَ الْأَمْرُ مِنْ يَدِهَا.

وَإِن اخْتَارَتْ نَفْسَهَا فِي قَوْلِهِ: اخْتَارِي نَفْسَكِ: كَانَتْ وَاحِدَةً بَائِنَةً، وَلَا تَكُونُ ثَلَاثًا، وَإِنْ نَوَى الزَّوْجُ ذَلِكَ، وَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ النَّفْسِ فِي كَلَامِهِ، أَوْ كَلَامِهَا.

وَإِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا فِي قَوْلِهِ: طَلِّقِي نَفْسَك: فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ، وَإِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلَاثًا وَقَدْ أَرَادَ الزَّوْجُ ذَلِكَ: وَقَعْنَ عَلَيْهَا، وَإِنْ قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَك مَتَى شِئْتِ: فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا فِي الْمَجْلِسِ، وَبَعْدَهُ.

---

(١) في (ش): «بوقوعه»، في (ف): «وقوعه».

(٢) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (١/ ٢٢٨).

(٣) في (ف) و(ج): «لأصومنّ».

قال: (**وَإِذَا قَالَ لِامْرَأَتِهِ: اخْتَارِي نَفسَك**[1] **يَنْوِي بِذَلِكَ الطَّلَاقَ، أَوْ قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَك: فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا مَا دَامَتْ فِي مَجْلِسِهَا ذَلِكَ، فَإِنْ قَامَتْ مِنْهُ، أَوْ أَخَذَتْ فِي عَمَلٍ آخَرَ: خَرَجَ الأَمْرُ مِنْ يَدِهَا**) لأنَّ للمُخيَّرةِ المجلسَ بإجماعِ الصَّحابةِ[2]، ولأنَّه تمليكُ الفعلِ منها، والتَّمليكاتُ تقتَصِرُ على المجلسِ وتقتَضِي جواباً فيه كعقودِ المعاوضَاتِ؛ لأنَّ ساعاتِ المجلسِ اعتُبِرَت ساعةً واحدةً، غيرَ أنَّ المجلسَ تارةً يتبدَّلُ بالذَّهابِ، وأخرَى بالاشتغالِ بعملٍ آخرَ، إذ مجلِسُ الأكلِ غيرُ مجلِسِ النظر، ومجلسُ القراءةِ غيرُ مجلسِ المبايَعة، ويبطُلُ خيارُها بمجرَّد القيامِ؛ لأنَّه دليلُ الإعراضِ، بخلافِ الصَّرفِ والسلَمِ؛ لأنَّ المفسِدَ فيهما الافتراقُ لا عن قبضٍ، ثمَّ لا بدَّ من النيَّةِ في قوله: اختارِي؛ لأنَّه يحتمِلُ تخييرَها في نفسِها، وفي تصرُّفٍ آخرَ أيضاً.

قال: (**وَإِن اخْتَارَتْ نَفْسَهَا فِي قَوْلِهِ: اخْتَارِي نَفْسَكِ: كَانَتْ وَاحِدَةً بَائِنَةً، وَلَا تَكُونُ ثَلَاثاً، وَإِنْ نَوَى الزَّوْجُ ذَلِكَ**) والقياسُ أن لا يقعَ به شيءٌ؛ لأنَّه لا يملِكُ الإيقاعَ بهذه اللفظةِ، فلا يملِكُ التفويضَ، إلا إنَّا استحسنَّا ذلك بإجماعِ الصَّحابةِ، وإنما تقعُ بائناً لأنَّ التَّخْييرَ يقتَضِي اختصَاصَها بنفسِها، وإنه يُنافِي وِلايةَ الرجعةِ، ولا يكونُ ثلاثاً وإنْ نوى الزوجُ؛ لأنَّ الاختيارَ لا يتنوَّعُ بخلافِ الإبانةِ، ولأنَّ القياسَ يسلَمُ عن معارَضةٍ في حقِّ الثلاثِ، فيعمَلُ عمَلَه.

قال: (**وَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ النَّفْسِ فِي كَلَامِهِ، أَوْ كَلَامِهَا**) إزالةً للإبهامِ، ولأنَّ الإجماعَ ثبتَ في أحدِ الجانبَين دونَ المبهَم، ولو قالَ: اختارِي، فقالت: اخترتُ، لم يقعْ، ولو قالَ: اختارِي نفسَك، فقالت: اخترْتُ، يقَعُ. ولو قال: اختارِي، فقالت: اخترتُ نفسِي، يقعُ إذا نوَى الزوجُ، ولو قال: اختارِي اختياراً، فقالت: اخترتُ، تقعُ؛ لأنَّها تنبئُ عن الاتحادِ، واختيارُها نفسَها هو الذي يتَّحِدُ مرةً ويتعدَّدُ أخرى، ولو قال: اختارِي،

---

(١) في ش وف: بدون: «نفسك».

(٢) انظر: «البناية شرح الهداية» (٥/ ٣٨٨).

فقالت: أنا أختارُ نفسِي يقعُ، والقياسُ أن لا يقعَ؛ لأنَّه وعدٌ، كما في قوله: طلِّقي نفسَكِ، فقالت: أنا أطلِّقُ نفسِي.

قال: (وإنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا فِي قَوْلِهِ: طَلِّقِي نَفْسَك: فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ) لأنَّه فوَّضَ إليها الطلاقَ الرجعيَّ.

قال: (وإنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلَاثًا وَقَدْ أَرَادَ الزَّوْجُ ذَلِكَ: وَقَعْنَ عَلَيْهَا) لأنَّه فوَّضَ إليها الطلاقَ تفويضاً عامًّا، فيتناولُ الواحدةَ والثلاثَ، وقد تأكَّدَ هذا المحتمَلُ بإرادةِ الزوجِ: فيقعُ، فإن قلتَ: هذا يشكِلُ بما إذا قال الزوجُ: طلَّقتُ، ونوى الثلاثَ، قلتُ: طلَّقتُ إخبارٍ في نفسِه، فجُعلَ إنشاءً لضَرورةِ الحاجةِ، وهي تندَفعُ بالواحدةِ أو بالتصريحِ، والثابتُ بالضَّرورةِ يتقدَّرُ بقدْرِ الضَّرورةِ.

قال: (وَإِنْ قَالَ لَهَا: طَلِّقِي نَفْسَك مَتَى شِئْتِ: فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا فِي الْمَجْلِسِ، وَبَعْدَهُ) لأنَّ كلمةَ: متى، تعُمُّ جميعَ الأوقاتِ.

وَإِنْ قَالَ لِرَجُلٍ: طَلِّقْ امْرَأَتِي: فَلَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي الْمَجْلِسِ وَبَعْدَهُ، وَإِنْ قَالَ: طَلِّقْهَا إِنْ شِئْتَ: فَلَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي الْمَجْلِسِ خَاصَّةً.

وَإِنْ قَالَ لَهَا: إِنْ كُنْتِ تُحِبِّينِي، أَوْ تبْغِضِينِي: فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَقَالَتْ: أَنَا أُحِبُّكَ، أَوْ أُبْغِضُكَ: وَقَعَ الطَّلَاقُ، وَإِنْ كَانَ فِي قَلْبِهَا خِلَافُ مَا أَظْهَرَتْ.

قال: (وإنْ قَالَ لِرَجُلٍ: طَلِّقْ امْرَأَتِي: فَلَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي الْمَجْلِسِ وَبَعْدَهُ) لأنَّه توكيلٌ، فلا يختصُّ بالمجلس.

قال: (وَإِنْ قَالَ: طَلِّقْهَا إِنْ شِئْتَ: فَلَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي الْمَجْلِسِ خَاصَّةً) لأنَّه لمَّا علَّقه بمشيئتِهِ كان تمليكاً، والتمليكُ يقتَصِرُ على المجلسِ كعقودِ المعاوضَاتِ.

قال: (وإِنْ قَالَ لهَا: إِنْ كُنْتِ تُحِبِّينِي، أَوْ تبْغِضِينِي فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَقَالَتْ: أَنَا أُحِبُّكَ، أَوْ أُبْغِضُكَ: وَقَعَ الطَّلَاقُ، وَإِنْ كَانَ فِي قَلْبِهَا خِلَافُ مَا أَظْهَرَتْ) لأنَّ المحبةَ والبُغض

أمرٌ باطنٌ لا يمكِنُ الوقوفُ عليهما، فنقَلَ الشرعُ الحُكمَ منه إلى اللسانِ؛ لأنَّه علَمٌ عليه، وكذلكَ إذا قال: إنْ كنتِ تحبينني بقلبِك، وقال محمدٌ: لا تطلُقُ إذا كانت كاذبةً؛ لأنَّه لمَّا قيَّدَه بالقلبِ وجَبَ اعتبارُه، وهما قالا: المحبةُ لا تكونُ إلا بالقلبِ، فاستوى ذِكرُه وتركُه، وكذا إذا أضافَهُ إلى نفسِه فقال: إنْ كنت أحبُّ أو أبغِضُ.

(**شط**): وقيل: الخلافُ ثابتٌ في الفصْلَين، وكذا إذا قالَ: إنْ كنتِ تحبِّين أن يعذِّبَك الله بنارِ جهنَّمَ فأنتِ طالقٌ وعبدي حرٌّ، فقالت: أحبُّ، طلُقَت ولم يَعتِقِ العبدُ لِما مرَّ.

(م): أنتِ طالقٌ إن هوَيتِ أو أردتِ أو أعجبَك أو وافقَكِ أو أحببتِ، فقالت: شئتُ، وقَعَ.

وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ طَلَاقًا بَائِنًا، فَمَاتَ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ: وَرِثَتْ مِنْهُ، وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ؛ فَلَا مِيْرَاثَ لَهَا.

وَإِذَا قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ مُتَّصِلًا: لَمْ يَقَع الطَّلَاقُ، وَإِنْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا وَاحِدَةً: طَلُقَتْ اثْنَتَيْنِ، وَإِنْ قَالَ: ثَلَاثًا إِلَّا اثْنَتَيْنِ: طَلُقَتْ وَاحِدَةً.

وَإِذَا مَلَكَ الزَّوْجُ امْرَأَتَهُ، أَوْ شِقْصًا مِنْهَا، أَوْ مَلَكَت الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا، أَوْ شِقْصًا مِنْهُ: وَقَعَت الْفُرْقَةُ.

قال: (**وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ طَلَاقًا بَائِنًا، فَمَاتَ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ: وَرِثَتْ مِنْهُ، وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ: فَلَا مِيْرَاثَ لَهَا**) وقال الشافعيُّ في أحدِ أقوالِه[1]: لا ترِثُ في الوجهَين لزوالِ سببِ الإرثِ وهو الزوجيَّةُ، وفي قولٍ: ترِثُ في الوجهَين ما لم تتزوَّجْ، وبه مالكٌ[2]، وفي قولٍ: ترِثُ وإن تزوَّجَت، وبه ابنُ أبي ليلى لتعلُّقِ حقِّها

(١) انظر: «المجموع شرح المهذب» (١٦/ ٦٣).

(٢) في «عيون المسائل» للقاضي عبد الوهاب (ص: ٣٥٣):...ونحن نورثها بعد العدة وإن تزوجت أزواجًا.

بمال الزوجِ، ولنا: إجماعُ الصحابة، ولأنَّ عبدَ الرحمن بنَ عوفٍ طلَّقَ امرأتَه تُماضِرَ في مرضِ موتِه، فورَّثَها عثمانُ رضي الله عنه، فأصابَها بربُعِ الثَّمنِ ثمانون ألفاً، وكانت مبتُوتةً لقولِ ابنِ الزُّبير: لو كنتُ أنا ما ورَّثتُها، وروي: أمَّا أنا فلا أورِّثُ المبتوتةَ[١].

ولأنَّ النكاحَ باقٍ في العِدَّةِ في حقِّ بعضِ الأحكامِ، فكذا في حقِّ الإرثِ، ولأنَّ الإرثَ حقُّها، وقد تعلَّقَ بمالِه في مَرضِه، فلا يملِكُ إبطالَها، وفي الطَّلاقِ الرَّجعيِّ ترِثُ في العِدَّةِ بالإجماعِ.

(شط): ولو أبانَها بأمرِها، أو خيَّرَها فاختارَتْ نفسَها، أو اختلعَتْ منه: لم ترِثْ، وفروعُ هذه المسألة مذكورةٌ في شُروحِ «الجامع الصغير» فيُطالَعُ من ثمَّةَ، ولكن المهمُّ الأهمُّ هاهنا معرفةُ مرضِ الموتِ.

(شط): ثمَّ المرضُ المعتبَرُ أنْ يصيرَ بحالٍ يُخشَى عليه التلَفُ، ومَن يقومُ بحوائجِه في البيتِ كالمشِي إلى الخَلاءِ والتوضُّؤ بنفسِه كالصَّحيحِ عند البَلْخيِّين، وعندَ البخاريِّين: إذا عجَزَ عن القيامِ بحوائجِه خارجَ البيتِ فمريضٌ، وعن أبي يوسُفَ: إن كانَ يخرجُ إلى الصَّلاةِ فكالصَّحيحِ، والمرأةُ لا تخرُجُ، فإن عجَزَتْ عن القيامِ بحوائجِها في البيتِ كصُعودِ السَّطحِ ونحوِه فمريضةٌ، وإلَّا: فلا، والمُقعَدُ والمفلوجُ والمسلولُ كالصَّحيحِ؛ لأنَّه قد يعيشُ معه كثيراً، قال ابنُ سلَمةَ: إلَّا أن لا يُرجَى بُرؤه بالتَّداوِي[٢]، وقال في (فخ): إلَّا أنْ يكونَ مرضُه يزدادُ أبداً، فإن كان يزدادُ وينتقِصُ إن ماتَ بعدَ ذلك بسنةٍ فكالصَّحيحِ، وإن مات قبل سنةٍ فمَريضٌ، وذكَرَ الناطِفيُّ تصرُّفاتِ المسلولِ كسائر المرضى ما لم يتطاوَلْ، وفسَّرَ أصحابُنا التَّطاولَ بسنةٍ، فإذا بقيَ سنةً فتصرُّفُه بعد سنةٍ كتصرُّفِه حالَ صحَّتِه.

---

(١) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٢١٩٢)، والشافعي في «مسنده/ ترتيب السندي» (١٩٩)، والدارقطني في «سننه» (٤٠٤٩)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٥١٢٤).

(٢) انظر: «تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق» (٢/ ٢٤٨).

(شح): عن محمَّدٍ: إذا دامَ المرضُ[1] سنةً على حالِه، فحُكمُه حكمُ الصَّحيحِ، واختُلفَ في تفسير الطَّلْقِ، فقيل: الوجَعُ الذي لا يسكُنُ حتى تموتَ أو تلدَ، وقيل: وإن سكنَ، لأنَّ الوجعَ يسكُنُ تارةً ويَهيجُ أخرى، والأوَّلُ أوجَهُ.

قال: **(وَإِذَا قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ مُتَّصِلًا: لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ)** لقولِه عليه السَّلام: «مَن حلَفَ بطلاقٍ أو عِتاقٍ وقال: إن شاء اللهُ، فلا حِنثَ عليه»[2] وقال أيضاً: «مَن استثنى فله ثُنْياه»، ولو سكَتَ ثمَّ استثنى ثبتَ حكمُ الكلامِ الأول، فيكونُ الاستثناءُ أو ذِكرُ الشرطِ بعدَه رجوعاً، ثمَّ اختلفَ أبو يوسُفَ ومحمدٌ أنَّ قولَه: إن شاء الله، تعليقٌ بمشيئتِه أم إهدارٌ؟ فعندَ أبي يوسُفَ: إهدارٌ، وعند محمدٍ: تعليقٌ، وكذا إذا مات[3] قبل قولِه: إنْ شاءَ الله؛ لأنَّ بالاستثناءَ خرَجَ الكلامُ مِن أنْ يكونَ إيجاباً، والموتُ لا يُنافي المبطِلَ.

قال: **(وَإِنْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا وَاحِدَةً: طَلُقَتْ اثْنَتَيْنِ، وَإِنْ قَالَ: ثَلَاثًا إِلَّا اثْنَتَيْنِ: طَلُقَتْ وَاحِدَةً)** لأنَّ الاستثناءَ تكلُّمٌ بالحاصلِ بعد الثُّنيا؛ لأنَّه لا فرقَ بين قولِه: لفلانٍ علي عشَرة إلا خمسةً، وبين قولِه: لفلانٍ عليَّ خمسةٌ، قال تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا﴾ [العنكبوت: ١٤]، ولو لم يكُنْ تكلُّماً بالباقي بعد الثُّنيا لَكان بَداءً، وهو محالٌ على اللهِ، ولو قال: إلا ثلاثاً: يقعُ الثلاثُ؛ لأنَّه لم يصِحَّ الاستثناءُ.

---

(١) في (ج): «المريض».

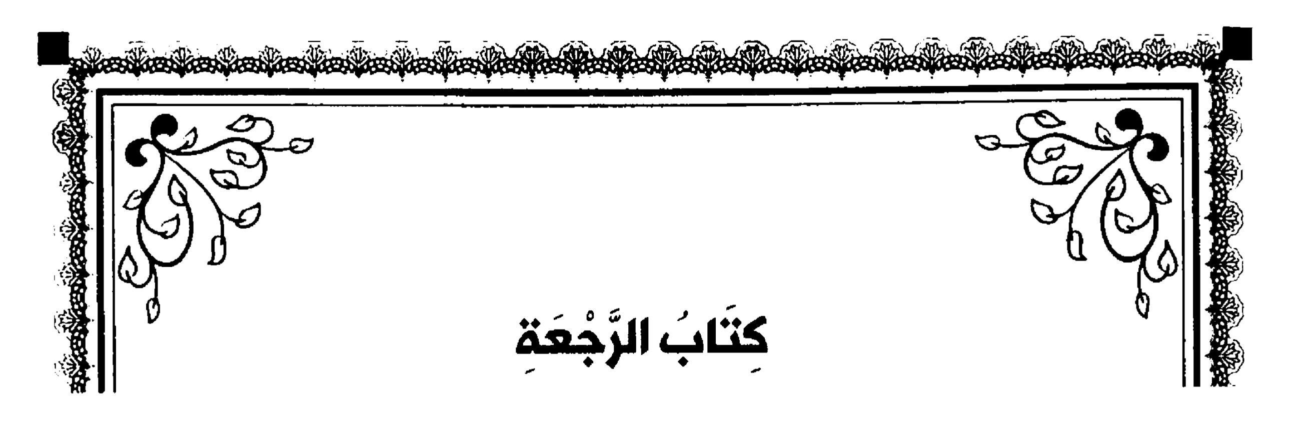
(٢) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٢٣٤): غريب بهذا اللفظ.

وروى أبو داود (٣٢٦١)، والترمذي (١٥٣١)، وابن ماجه (٢١٠٥) عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: «من حلف على يمين، فقال: إن شاء الله فقد استثنى، فلا حنث عليه». قال الترمذي: حديث حسن.

(٣) في (ج): «ماتت».

قال: (**وَإِذَا مَلَكَ الزَّوْجُ امْرَأَتَهُ، أَوْ شِقْصًا مِنْهَا، أَوْ مَلَكَت الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا، أَوْ شِقْصًا مِنْهُ: وَقَعَت الْفُرْقَةُ**) لأنَّ النكاحَ والمِلكَ يتنافيانِ كالرِّدةِ، أمَّا مِلكُ الزوجِ فلأنَّه ملكَ المتعةَ بمِلك اليمين، وإنه أقوى، والأقوى إذا طرأ على الأدنى: أبطلَه، وأمَّا مِلكُ المرأة فلأنَّها مملوكةٌ بعقدِ النكاحِ، فيُنافيها المالِكيةُ ضرورةً.

* * *



كِتَابُ الرَّجْعَةِ

وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ تَطْلِيقَةً رَجْعِيَّةً، أَوْ تَطْلِيقَتَيْنِ: فَلَهُ أَنْ يُرَاجِعَهَا فِي عِدَّتِهَا، رَضِيَتْ بِذَلِكَ أَوْ لَمْ تَرْضَ.

وَالرَّجْعَةُ أَنْ يَقُولَ: رَاجَعْتُكِ، أَوْ رَاجَعْتُ امْرَأَتِي أَوْ يَطَأَهَا، أَوْ يُقَبِّلَهَا، أَوْ يَلْمِسَهَا بِشَهْوَةٍ، أَوْ يَنْظُرَ إِلَى فَرْجِهَا بِشَهْوَةٍ.

وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُشْهِدَ عَلَى الرَّجْعَةِ شَاهِدَيْنِ، وَإِنْ لَمْ يُشْهِدْ: صَحَّتْ الرَّجْعَةُ، وَإِذَا انْقَضَت الْعِدَّةُ، فَقَالَ: قَدْ كُنْتُ رَاجَعْتهَا فِي الْعِدَّةِ، فَصَدَّقَتْهُ، فَهِيَ رَجْعَةٌ، وَإِنْ كَذَّبَتْهُ: فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا، وَلَا يَمِينَ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

قال: (وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ تَطْلِيقَةً رَجْعِيَّةً، أَوْ تَطْلِيقَتَيْنِ: فَلَهُ أَنْ يُرَاجِعَهَا فِي عِدَّتِهَا، رَضِيَتْ بِذَلِكَ أَوْ لَمْ تَرْضَ) لقولِه تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وقوله تعالى: ﴿فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖۚ﴾ [البقرة: ٢٣١]، وقوله تعالى في المطلقات: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، من غير فصلٍ بينَ رضاهنَّ وعدَمِه؛ أي: برجعتِهنَّ، وروي: «أنّه عليه السلامُ طلَّقَ سَودةَ وراجَعَها»[1]، ولا بدَّ من قيامِ

(١) رواه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٣٤٣٥) عن عروة مرسلًا. وتعقب الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٢١٦) فقال: مفهوم هذا أنه عليه السلام طلق سودة، ولم نجد ذلك في الحديث، فروى البخاري (٥٢١٢)، ومسلم (١٤٦٣) عن عائشة، قالت: ما رأيت امرأة أحب إلي أن أكون في مسلاخها من سودة بنت زمعة من امرأة فيها حدَّة، فلما كبرت قالت: يا رسول الله، قد جعلت يومي منك لعائشة، فكان عليه السلام يقسم لعائشة يومين: يومها، ويوم سودة. واللفظ لمسلم.

العِدَّة؛ لأنَّ الرَّجْعةَ استِدامةُ المِلك، وإنما يتَحقَّقُ في العِدَّة؛ لأنَّه لا مِلكَ بعدَ انقضَائها.

قال: (**وَالرَّجْعَةُ أَنْ يَقُولَ: رَاجَعْتُكِ، أَوْ رَاجَعْتُ امْرَأَتِي، أَوْ يطَأَهَا، أَوْ يُقَبِّلَهَا، أَوْ يَلْمِسَهَا بشَهْوَةٍ، أَوْ يَنْظُرَ إِلَى فَرْجِهَا بِشَهْوَةٍ**) أمَّا: «راجعتُكِ، أو راجعتُ امرأتي»؛ فلا خلافَ فيه بينَ الأئمَّة[1]، وأمَّا المراجعةُ بهذه الأفعالِ فمذهبُنا، وقال الشافعيُّ[2]: لا تصحُّ الرَّجعةُ إلا بالقولِ[3]؛ لأنَّها بمنزلةِ ابتداءِ النكاحِ عندَه حتى يحرُمَ وَطؤُها، ولنا: أنَّها استدامةُ المِلكِ بدليلِ الأمرِ بالإمسَاكِ، والإمسَاكُ هو الاستِدامةُ، والفعلُ قد يقَعُ دلالةً على الاستِدامةِ كما في إسقاطِ الخيارِ، والدلالةُ فعلٌ يختصُّ بالنكاحِ، وهذه الأفاعيلُ تختصُّ به خصُوصاً في الحرَّةِ، بخلافِ المسِّ والنظرِ بغيرِ شَهْوةٍ؛ لأنَّه قد يحِلُّ بدونِ النّكاحِ، كالقَابلةِ والطَّبيبِ ونحوِهما؛ ولأنَّها من مقدِّماتِ الوَطءِ ودواعِيهِ، فقامَتْ مَقامَها، كما في الاستبراءِ ونحوِه.

(جس): في «خزانة الفقه»: ثلاثةُ أشياءٍ من جهتِهَا يحصُلُ بكلِّ واحدٍ منها الرَّجعةُ: إذا باضَعَت زوجَها، أو قبَّلَته، أو باشَرَته، كانَ الزوجُ كارهاً أو طائعاً.

قال: (ويُسْتَحَبُّ أَنْ يُشْهِدَ عَلَى الرَّجْعَةِ شَاهِدَيْنِ، وإِنْ لَمْ يُشْهِدْ: صَحَّتْ الرَّجْعَةُ) خلافاً للشَّافعيِّ في أحد قولَيه[4]، وبه مالكٌ[5]؛ لقولِه تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ و﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ والأمرُ للإيجابِ، ولنا: إطلاقُ النصوصِ، ولأنَّه استدامةٌ للنكاحِ، ولا يُشترَطُ الشهودُ حالَ البقاء كما في الفيءِ في

---

(١) في (ج): «بين الأمة».

(٢) انظر: «المجموع شرح المهذب» (١٧/ ٢٦٦).

(٣) في (ف) زيادة: «إلا إذا كان أخرس أو معتقل اللسان فإنّه يصحّ بالفعلِ».

(٤) في «بحر المذهب» للروياني (١٠/ ١٨٦): الإشهاد على الرجعة مستحب ولا يجب؛ وهو قوله في القديم و«الأم»، وهو الأصح وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد في رواية... وقال في «الإملاء»: هو واجبٌ.

(٥) في «منح الجليل شرح مختصر خليل» (٤/ ١٩٤): نُدب الإشهاد على الرجعة، وقيل: يجبُ.

الإيـلاءِ، والأمرُ محمولٌ على الاسـتحبابِ دفعاً لخلَـلِ التَّجاحُدِ، ولهذا قرَنَـه بالمفارَقةِ، والإشـهادُ فيها مسـتحَبٌّ إجماعاً.

(هـ)[1]: ويستحَبُّ أن يُعلِمَها كيلا تقعَ في المعصيةِ.

قال: (**وَإِذَا انْقَضَت العِدَّةُ، فَقَالَ: قَدْ كُنْتُ رَاجَعْتها فِي الْعِدَّةِ، فَصَدَّقَتْهُ، فَهِيَ رَجْعَةٌ، وَإِنْ كَذَّبَتْهُ: فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا**) لأنَّه متَّهَمٌ في الإخبارِ عمَّا لا يملِكُ إنشاءَه في الحالِ، لكن بتصديقِها ترتفعُ التهمةَ، وإن كذَّبتْه فالقولُ لها؛ لأنَّها تتمسَّكُ بالأصلِ.

قال: (**وَلَا يَمِينَ عَلَيهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ**) خلافَهما، وهي مسألةُ الاستحلافِ في الأشياء الستةِ على ما مرَّ في النكاحِ.

وَإِذَا قَالَ الزَّوْجُ: قَدْ رَاجَعْتُكَ، فَقَالَتْ مُجِيبَةً لَهُ: قَد انْقَضَتْ عِدَّتِي: لَمْ تَصِحَّ الرَّجْعَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَإِذَا قَالَ زَوْجُ الْأَمَةِ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا: قَدْ كُنْتُ رَاجَعْتُهَا، وَصَدَّقَهُ الْمَوْلَى، وَكَذَّبَتْهُ الْأَمَةُ: فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا.

قال: (**وَإِذَا قَالَ الزَّوْجُ: قَدْ رَاجَعْتُكَ، فَقَالَتْ مُجِيبَةً لَهُ: قَد انْقَضَتْ عِدَّتِي: لَمْ تَصِحَّ الرَّجْعَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ**) وقالا: تصِحُّ لأنَّها صادَفَتِ العِدَّةَ لبقائها ظاهراً إلى أن تُخيِّرَ، وقد سبقَتْه الرجعةُ، ولأبي حنيفةَ أنَّها صادفَتْ حالةَ الانقضاءِ؛ لأنَّها أمينةٌ في الإخبارِ عن الانقضاءِ، فإذا أخبرَتْ دلَّ على سبْقِ الانقضَاءِ.

ولو قال لها: طلقتُك، فقالَتْ مجيبةً له: قد انقضَتْ عِدَّتي، فهو على هذَا الخلافِ، وقيل: يقعُ بإقرارِه إجماعاً.

---

(١) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٢/ ٢٥٤).

قال: (وَإِذَا قَالَ زَوْجُ الأَمَةِ بَعْدَ انقِضَاءِ عِدَّتِهَا: قَدْ كُنْتُ رَاجَعْتُهَا[1] وَصَدَّقَهُ الْمَوْلَى، وَكَذَّبَتْهُ الْأَمَةُ: فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا) عِندَ أَبِي حَنيفَةَ، وقالا: القولُ قولُ المولى؛ لأنَّ بُضعَها مملوكٌ له، فكان إقراراً[2] بخالصِ حقِّه، فصحَّ كالإقرار عليها بالنكاح، وله: أنَّ حُكمَ الرَّجعةِ يُبتَنى على بقاء العِدَّة، والقولُ في العدةِ قولُها، فكذا فيما يُبنى عليها.

(هـ)[3]: ولو كانَ على القلبِ فعندهما: القولُ قولُ المولى، وكذا في الصَّحيحِ عنده؛ لأنَّها منقضِيةُ العِدَّةِ في الحالِ، وقد ظهرَ مِلكُ المتعة للمَولى، فلا نقبلُ قولَها في إبطالِهِ بخلافِ الأول؛ لأنَّ المولى لمَّا صدَّقَه في الرَّجعةِ فقد أقرَّ بقيام العِدَّة، فلم يظهَرْ مِلكُه، ولو قالت: قد انقضت عِدَّتي، وقال الزوجُ والمولى: لم تنقِضْ: فالقولُ لها؛ لأنَّها أمينةٌ فيه.

وَإِذَا انْقَطَعَ الدَّمُ مِن الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ لِعَشْرَةِ أَيَّامٍ: انْقَضَت الْعِدَّةُ، وَإِنْ لَمْ تَغْتَسِلْ، وَإِن انْقَطَعَ لِأَقَلَّ مِنْ عَشْرَةِ أَيَّامٍ: لَمْ تَنْقَطِعِ الرَّجْعَةُ حَتَّى تَغْتَسِلَ، أَوْ يَمْضِيَ عَلَيْهَا وَقْتُ صَلَاةٍ كَامِلَةً، أَوْ تَتَيَمَّمُ وَتُصَلِّي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِذَا تَيَمَّمَت: انْقَطَعَتْ الرَّجْعَةُ.

وإِذَا اغْتَسَلَتْ، وَنَسِيَتْ شَيْئًا مِنْ بَدَنِهَا لَمْ يُصِبْهُ الْمَاءُ: فَإِنْ كَانَ عُضْوًا فَمَا فَوْقَهُ: لَمْ تَنْقَطِعِ الرَّجْعَةُ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ عُضْوٍ: انْقَطَعَتْ.

قال: (وَإِذَا انْقَطَعَ الدَّمُ مِن الحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ لِعَشْرَةِ أَيَّامٍ: انْقَضَت الْعِدَّةُ، وَإِنْ لَمْ تَغْتَسِلْ، وَإِن انْقَطَعَ لأَقَلَّ مِنْ عَشْرَةِ أَيَّامٍ: لَمْ تَنْقَطِعِ الرَّجْعَةُ حَتَّى تَغْتَسِلَ، أَوْ يَمْضِيَ عَلَيْهَا وَقْتُ صَلَاةٍ كَامِلَةً، أَوْ تَتَيَمَّمُ وَتُصَلِّي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِذَا تَيَمَّمَتْ: انْقَطَعَتْ الرَّجْعَةُ) لأنَّ الحيضَ لا يزيدُ على العشَرةِ، فعندَ الانقطاعِ خرجَتْ من الحيضِ،

(١) في (ج) زيادة: «في العدة».

(٢) في (ش) و(ص): «إقراره».

(٣) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٢/ ٢٥٥).

فانقضَتِ العِدَّةُ، فانقطعَتِ الرَّجعةُ ضَرُورةً، وفيما دونَ العشَرةِ يحتمِلُ عَودَ الدمِ، فلا يثبُتُ الخروجُ من الحيضِ بهذا الطُّهر حتى يتأكَّدَ بحُكمٍ من أحكامِ الطاهراتِ، وهو الاغتسالُ أو مُضِيُّ وقتِ الصلاةِ؛ لأنَّه إذا مضَى عليها وقتُ الصَّلاةِ وجبَتْ تلك الصلاةُ عليها، والصلاةُ لا تجِبُ إلا على الطاهرةِ.

قلتُ: وأراد بوقتِ الصلاة هاهنا آخرَ الوقتِ الذي لا يسَعُ الاغتسالَ والتَّحريمةَ؛ لأنَّ بهذا القدرِ يجِبُ عليها الصلاةُ دَيناً في ذمَّتِها، لا ما ذهبَ إليه البعضُ أنَّه وقتُ صلاةٍ كاملٌ، إلا إذا فُسِّرَ الكمَالُ به.

(هـ)[1]: ولو كانت كتابيَّة تنقضِي بمجرَّد الانقطاعِ، وإنما ينقطِعُ بالتيمُّمِ عند محمدٍ، وهو القياسُ؛ لأنَّ التيمُّمَ عند عدمِ الماء بمنزلةِ الاغتسالِ في حقِّ الأحكامِ، ولهما: أنَّ الترابَ ملوِّثٌ ومغبِّرٌ، وإنما صار طَهُوراً في حقِّ الصَّلاةِ عندَ عدمِ الماءِ ضَرورةَ أن لا تتضاعَفَ الواجباتُ عليه بالتَّأخيرِ، والضَّرورةُ إنما تتحقَّقُ بالصَّلاةِ، فشرَطَ الصَّلاةَ معه حتى تقومَ مقامَ الاغتسالِ.

(هـ): ثم قيل: ينقطِعُ بنفسِ الشُّروعِ في الصَّلاةِ عندهما، وقيل: بعدَ الفراغِ لتقرُّرِ حُكمِه لصحَّةِ الصَّلاةِ.

قال: **(وإِذَا اغتَسَلَتْ، وَنَسِيَتْ شَيْئًا مِنْ بَدَنِهَا لَمْ يُصِبْهُ المَاءُ: فَإِنْ كَانَ عُضْوًا فَمَا فَوْقَهُ: لَمْ تَنْقَطِعِ الرَّجْعَةُ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ عُضْوٍ: انْقَطَعَتْ)** لاحتمالِ إصابةِ الماءِ إيَّاه وتسارُعِ الجفافِ إليه، فقلنا بالانقطاعِ احتياطاً، بخلافِ العضوِ الكاملِ؛ لأنَّه لا يتسارَعُ إليه الجفَافُ، ولا يُغفَلُ عنه عادةً، فافترَقا، وعن أبي يوسُفَ: تركُ المضمضَةِ والاستنشاقِ كتركِ عُضوٍ كاملٍ، وعنه وهو قولُ محمدٍ: بمنزلةِ ما دونَ العضوِ؛ لأنَّ في فرضيَّته اختلافاً بخلافِ غيرِه من الأعضاءِ.

---

(١) هذا النص والتالي لم أقف عليهما في «الهداية».

وَالْمُطَلَّقَةُ الرَّجْعِيَّةُ تَتَشَوَّفُ وَتَتَزَيَّنُ، وَيُسْتَحَبُّ لِزَوْجِهَا أَنْ لَا يَدْخُلَ عَلَيْهَا حَتَّى يُؤْذِنَهَا أَوْ يُسْمِعَهَا خَفْقَ نَعْلَيْهِ.

والطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ لَا يُحَرِّمُ الوَطْءَ، وإِذَا كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا دُونَ الثَّلَاثِ: فَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا فِي عِدَّتِهَا، وبَعْدَ انْقِضَائِهَا.

وَإِذَا كَانَ الطَّلَاقُ ثَلَاثًا فِي الْحُرَّةِ، أَوْ اثْنَتَيْنِ فِي الْأَمَةِ: لَمْ تَحِلَّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ نِكَاحًا صَحِيحًا وَيَدْخُلَ بِهَا، ثُمَّ يُطَلِّقَهَا، أَوْ يَمُوتَ عَنْهَا، وَالصَّبِيُّ الْمُرَاهِقُ فِي التَّحْلِيلِ: كَالْبَالِغِ، وَوَطْءُ الْمَوْلَى أَمَتَهُ لَا يُحِلُّهَا، وَإِذَا تَزَوَّجَهَا بِشَرْطِ التَّحْلِيلِ: فَالنِّكَاحُ مَكْرُوهٌ، فَإِنْ وَطِئَهَا: حَلَّتْ لِلْأَوَّلِ.

وَإِذَا طَلَّقَ الْحُرَّةَ تَطْلِيقَةً أَوْ تَطْلِيقَتَيْنِ، وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا، وَتَزَوَّجَتْ بزَوجٍ آخَرَ، ثُمَّ عَادَتْ إِلَى الْأَوَّلِ: عَادَتْ بِثَلَاثِ تَطْلِيقَاتٍ، وَيَهْدِمُ الزَّوْجُ الثَّانِي الطَّلَاقَ، كَمَا يَهْدِمُ الثَّلَاثَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَهْدِمُ مَا دُونَ الثَّلَاثِ.

(صغر): طلَّقَها وهي حاملٌ أو ولدَتْ منه، وقال: لم أجامِعْها: فله الرَّجعةُ؛ يعني: قبلَ الولادةِ؛ لبطلانِ زعمِه بتكذيبِ الشرعِ إيَّاه، فإن طلَّقَها بعدَما خلا بها وأغلقَ باباً، أو أرخَى ستراً، وقال: لم أجامِعْها: لم يملِكِ الرَّجْعةَ.

قلتُ: المنصوصُ في أكثر نُسخِ شروح «الجامع الصغير»[1]: وأغلقَ باباً وأرخَى ستراً، بحرفِ الواو، لكن الصَّحيحُ أنَّه بكلمةِ: أو، على ما قرَّرَه المتقِنُونَ من المشرِّحين؛ أنَّ أحدَهما يكفِي لصحَّةِ الخَلوةِ، ولو قال: إذا ولَدتِ فأنتِ طالقٌ، فولدَتْ ولدَين في بطنٍ واحدٍ: تنقَضِي عدَّتُها بالثاني، ولو كانا في بطنَين، فالثاني رَجْعةٌ ما لم يُقرَّ بانقضاءِ عِدَّتِها، ولو قال: كلَّما ولَدتِ ولداً فأنتِ طالقٌ، فولدَتْ ثلاثةً في بطونٍ مختلفةٍ، فالثاني

(١) انظر: «الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير» (ص: ٢٢٩).

رَجْعةٌ، وكذا الثالثُ، ووقعَ تطليقتان، والعدَّةُ بعدَه بالإقرارِ، ولو كانُوا في بطنٍ واحدٍ: وقعَ الثلاثُ.

قال: (**والمُطَلَّقَةُ الرَّجْعِيَّةُ تَتَشَوَّفُ وَتَتَزَيَّنُ**) لأنَّها حلالٌ للزَّوجِ، والنِّكاحُ قائمٌ بينهُما، والرَّجعةُ مستحبَّةٌ، والتزيُّنُ حاملٌ عليها، فيكونُ مشروعاً.

في «المغرب»[1]: تتشوَّفُ لزوجِها: تتزيَّنُ بأن تجلوَ وجهَها وتصقُلَ خدَّيها، من: شافَ الحليَ؛ إذا جلَاه.

قال: (**وَيُسْتَحَبُّ لِزَوْجِهَا أَنْ لَا يَدْخُلَ عَلَيْهَا حَتَّى يُؤْذِنَهَا، أَوْ يُسْمِعَهَا خَفْقَ نَعْلَيْهِ**) هذا إذا لم يكُنْ من قصدِه المراجَعةُ؛ لأنَّها ربما تكونُ متجرِّدةً[2] فيقعُ بصَرُه بشهوةٍ على موضِعٍ يصيرُ مراجِعاً، ثم يطلِّقُها فتطولُ عِدَّتُها.

(**شق**): قال أصحابنا: الأحسنُ أن يُعلِمَها بهذه المراجعةَ صوناً لها عن نكاحٍ محرَّمٍ، وإن لم يُعلِمْها: جاز.

قال: (**وَالطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ: لَا يُحَرِّمُ الْوَطْءَ**) وقال الشافعيُّ[3]: يحرِّمُ، ويجبُ به المهرُ كالبائنِ، ولنا: قولُه تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وسمَّاه: بعلاً، فتحِلُّ بالنُّصوصِ، واعتباراً بتعليقِ البائنِ بالشَّرطِ.

قال: (**وإِذَا كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا دُونَ الثَّلَاثِ: فَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا فِي عِدَّتِهَا، وَبَعْدَ انقِضَائها**) لبقاء حلِّ المحليَّةِ في حقِّه، ومنعِ الغيرِ في عِدَّتِها دفعاً لاشتباهِ الأنسابِ[4]، ولا اشتباهَ في إطلاقِه.

---

(١) انظر: «المغرب في ترتيب المعرب» (ص: ٢٥٩).

(٢) في (ج): «مجردة».

(٣) انظر: «العزيز شرح الوجيز» (٩/ ١٨٤).

(٤) في (ص) و(ش): «النسب».

قال: (وَإِذَا كَانَ الطَّلَاقُ ثَلَاثًا فِي الْحُرَّةِ، أَوْ اثْنَتَيْنِ فِي الْأَمَةِ: لَمْ تَحِلَّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ نِكَاحًا صَحِيحًا، وَيَدْخُلَ بِهَا، ثُمَّ يُطَلِّقَهَا، أَوْ يَمُوتَ عَنْهَا) والأصلُ فيه قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، والمرادُ الطلقةُ الثالثةُ بالإجماعِ، وبإيماء النَّصِّ حيثُ عقَّبَ هذا الطلاقَ بقوله: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وشرطُ الدخولِ ثبتَ بإشارة النصِّ؛ وهو أن يُحملَ النكاحُ على الوطءِ دونَ العقد؛ لأنَّ العقدَ مستَفادٌ من لفظ الزوجِ[1]، فلو حُملَ النكاحُ على الوطء يُحملُ كلاهما على فائدةٍ جديدةٍ، فكان أَولى، وثبتَ أيضاً بالآثارِ المشهورةِ الثابتةِ برواياتٍ مختلفَةٍ أنَّه عليه السَّلام قال: «مَن طلَّقَ امرأتَه ثلاثاً فتزوَّجَتْ زوجاً غيرَه، لا تحِلُّ للأوَّل حتى تذوقَ من عُسَيلتِه، ويَذُوقَ من عُسَيلَتِها»[2].

(شق): عن ابن عمرَ: أنَّه سُئلَ عليه السَّلام وهو على المنبَرِ عن رجلٍ طلَّقَ امرأتَه ثلاثاً وتزوَّجَها غيرُه، فأغلقَ باباً أو أرخى ستراً أو كشفَ الخمارَ ثم فارَقَها، قال عليه السَّلام: «لا تحِلُّ للأولِ حتى تذوقَ عُسيلةَ الآخَرِ»[3]، وحديثُ امرأةِ رِفاعةَ معروفٌ برواية عائشةَ: أنَّها قالت للنبيِّ عليه السَّلام: طلقَني زوجِي ثلاثاً، وتزوَّجتُ بعبدِ الرَّحمنِ، وما وجدتُ عندَه إلا مثلَ هُدْبةِ الثوبِ، فقال عليه السَّلام:

---

(١) في (ج): «التزوج».

(٢) روى أبو داود (٢٣٠٩)، والنسائي (٣٤٠٧)، وأحمد في «مسنده» (٢٤١٤٩)، وابن حبان في «صحيحه» (٤١٢٢) عن عائشة قالت: سئل رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ـ يعني: ثلاثاً ـ فتزوجت زوجاً غيره، فدخل بها، ثم طلقها قبل أن يواقعها أتحل لزوجها الأول؟ قالت: قال النبي ﷺ: «لا تحل للأول حتى تذوق عسيلة الآخر، ويذوق عسيلتها».

(٣) رواه أحمد في «مسنده» (٥٢٧٧)، وعبد الرزاق في «مصنفه» (١١١٣٥)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٦١٤) (١٥١٩٨) من حديث ابن عمر رضي الله عنه.

«أتُريدِيـن أنْ ترجِعِـي إلـى رِفاعـةَ؟» قالـت: نعـم، فقـال: «لا حتَّـى تَذُوقِـي عُسَـيلتَه ويَـذوقَ عُسَـيلتَك»(١).

قلتُ: ورُويَ أنَّها أخبرت النبيَّ عليه السلام بعدَ ذلك بالدُّخولِ، فقال لها: «كذَبتِ في الأولِ، فلا أصدِّقُكِ في الثاني» ثمَّ رفَعَت أمرَها إلى أبي بكرٍ في خلافتِه فأبى، ثمَّ إلى عمر في خلافتِه فأبى الرجوعَ إلى الأوَّل حتى ماتَتْ، واشتُهرَ ذلك غايةَ الاشتهارِ فيما بين ثقاتِ الصَّحابةِ(٢) والتابعين والأخيار، وثبتَ بإجماعِ الأمة أيضاً.

(هـ)(٣): ومـا خالفَهم أحدٌ سـوى سـعيدِ بـنِ المسـيَّب(٤)، وقولُه غيـرُ معتبَرٍ، حتى لو قضَى بـه القاضـي لا ينفُذُ.

(شط): والمَريسيُّ وابنُ المسيَّبِ لا يشترطانِ الدُّخولَ.

(شـق): وقـال سـعيدُ بنُ جبيـرٍ: تحِـلُّ بنفسِ العقـدِ(٥)، وفـي الأقضيةِ: لـو قضَى بـه قـاضٍ لا ينفُذُ.

(شـس شـص)(٦)(٧): قـال مشـايخنا: لا ينفُـذُ القضـاءُ بـه، وفـي الأقضية: لـو رُفعَ هـذا القضـاءُ إلى قـاضٍ آخـرَ فأمضَـاهُ: لا ينفُذُ.

---

(١) رواه البخاري (٢٦٣٩)، ومسلم (١٤٣٣) عن عائشة رضي الله عنها.

(٢) في (ج): «الصحبة».

(٣) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٢/ ٢٥٨).

(٤) روى سـعيد بـن منصور في «السـنن» (١٩٨٩) عن سـعيد بن المسـيب، قـال: أما النـاس فيقولون حتى يجامعهـا، وأمـا أنـا فإنـي أقـول: إذا تزوجهـا تزويجـاً صحيحـاً لا يريـد بذلك إحـلالاً لها، فـلا بأس أن يتزوجها الأول.

(٥) في «بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع» (٣/ ١٨٨) نسب هذا القول لسعيد بن المسيِّب.

(٦) في (ج): «شق شب».

(٧) انظر: «المبسوط» للسرخسي (٦/ ٩).

قال: (**وَالصَّبِيُّ المُرَاهِقُ فِي التَّحْلِيلِ: كالبَالِغِ**) لإطلاقِ النصِّ ووجُودِ الوطءِ منه، وهو حُجَّةٌ على مالكٍ في اشتراطِ البُلوغ[١].

(**شط**): جماعُ عبدٍ أو مجنونٍ أو صبيٍّ تتحرَّكُ آلتُه ويشتَهي، أو بنكاحٍ في حَيضٍ أو نِفاسٍ أو صومٍ أو إحرامٍ: يُحلُّها للمطلِّقِ ثلاثاً، وفي الصَّغيرِ الذي لا يقدِرُ على الجِماعِ ولا يشتَهي ولا تتحرَّكُ آلتُه: خلافٌ، وحمَّادٌ والبَصريُّ ومالكٌ[٢]: يشترطونَ الإنزالَ، وعن أبي يوسُفَ: أنَّه اشترَطَ الحريةَ، وجِماعُ الخَصِيِّ يُحلُّها دونَ المجبوبِ، وقيل: إيلاجُ الشيخِ الفاني بيدِه لا يُحلُّها، وقيل: إذا لم ينتشِرْ ذكَرُه فأدخَلَه بيدِه أو بيدِها، أو كان الذكَرُ أشلَّ لا يُحلُّها بالإدخالِ، والصَّوابُ أن يُحلَّها لأنَّه معلَّقٌ بدخولِ الحشَفةِ، وفي النِّكاحِ الفاسدِ قولان، وقيل: لو لفَّ ذكَرَه بحريرةٍ وجامعَها: يُحلُّها، وفيه نظرٌ، ولو ادَّعت دخولَ المحلِّلِ صُدِّقت، وإن أنكرَ هو، وكذا على العكسِ. (**قخ**): مثله.

قال: (**وَوَطْءُ المَوْلَى أَمَتَهُ**[٣] **لَا يُحِلُّهَا**) لأنَّ الغايةَ نِكاحُ الزوجِ لا المولى.

قال: (**وَإِذَا تَزَوَّجَهَا بِشَرْطِ التَّحْلِيلِ: فَالنِّكَاحُ مَكْرُوهٌ**) لقولِه عليه السَّلام: «لعنَ الله المُحَلِّلَ والمُحلَّلَ له»[٤].

قال: (**فَإِنْ وَطِئَهَا: حَلَّتْ لِلْأَوَّلِ**) للدخولِ في نكاحٍ صحيحٍ؛ لأنَّ النكاحَ لا يبطُلُ بالشروطِ، وعن أبي يوسُفَ: يفسُدُ النكاحُ؛ لأنَّه في معنى المؤقَّت، فلا تحِلُّ للأول، وعن محمد أنَّه يصِحُّ النكاحُ ولا تَحِلُّ للأول.

---

(١) انظر: «مواهب الجليل في شرح مختصر خليل» (٣/ ٤٦٨).

(٢) في مذهبه عدم الاشتراط. «شرح زروق على متن الرسالة» (٢/ ٦٦١).

(٣) «أمته»: سقطت من (ش) و(ج).

(٤) رواه الترمذي (١١٢٠)، والنسائي (٣٤١٦) عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

(جش): في «الحيَل»: عن سالمِ بنِ عبد الله سُئلَ عن المطلَّقةِ ثلاثاً تزوَّجَها رجلٌ ليُحلَّها للزوجِ الأولِ، ولم يأمُرْه به الأولُ ولا المرأةُ، فقال سالمٌ: هذا مأجورٌ، وهو قولُ أبي حنيفةَ، وبه نأخذُ، وتحِلُّ للأوَّل، ولكن ينبَغِي أن لا يَعتادَه[1]؛ لأنَّه من أفعالِ الأخسَّة.

قلتُ: وخلوةُ الزوجِ الثاني ومَوتُه لا يقومُ مَقامَ الدخولِ في التحليلِ.

(شط نم): ولا تُقامُ الخلوةُ مَقامَ الدخولِ في ثبوتِ الإحصَانِ والإحلالِ للزوجِ الأوَّلِ وثبُوتِ الرَّجعةِ والميراثِ، حتى لو أبانها ثمَّ ماتَ في عِدَّتِها لم ترِثْ، وفي وقوعِ الطلاقِ عليها في هذه العدَّةِ اختلافٌ، وكذا في منعِ نفسِها للمهرِ، ويحِلُّ نكاحُ ابنتِها إذا أبانَها عندَ محمدٍ خلافاً لأبي يوسُفَ.

(م): الموتُ أُقيمَ مَقامَ الدخولِ في حُكمِ المهر والعِدَّة، وفيما سوَاهما كالعَدمِ.

قال: **(وإذَا طَلَّقَ الحُرَّةَ[2] تَطْلِيقَةً أَوْ تَطْلِيقَتَيْنِ، وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا، وَتَزَوَّجَتْ بزَوجٍ آخَرَ، ثُمَّ عَادَتْ إِلَى الْأَوَّلِ: عَادَتْ بِثَلَاثِ تَطْلِيقَاتٍ، وَيَهْدِمُ الزَّوْجُ الثَّانِي الطَّلَاقَ كَمَا يَهْدِمُ الثَّلَاثَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَهْدِمُ مَا دُونَ الثَّلَاثِ)** لأنَّه غايةٌ للحُرمةِ الغليظةِ بالنَّصِّ، فيكونُ منهيًّا، ولا إنهاءَ للحُرمةِ قبل الثُّبوتِ، ولهما: قولُه عليه السَّلام: «لعنَ اللهُ المحلِّلَ والمحلَّلَ له»[3] سمَّاه محلِّلاً، والمحلِّل: المثبتُ للحِلِّ.

---

(١) في (ج): «يعتاد».

(٢) في (ج): «طلق الرجل امرأته».

(٣) تقدم قريباً.

وَإِذَا طَلَّقَهَا ثَلَاثًا، فَقَالَتْ: قَدْ انْقَضَتْ عِدَّتِي، وَتَزَوَّجْتُ بِزَوْجٍ آخَرَ، وَدَخَلَ بِي الزَّوْجُ، وَطَلَّقَنِي، وَانْقَضَتْ عِدَّتِي، وَالْمُدَّةُ تَحْتَمِلُ ذَلِكَ: جَازَ لِلزَّوْجِ أَنْ يُصَدِّقَهَا إِذَا كَانَ فِي غَالِبِ ظَنِّهِ أَنَّهَا صَادِقَةٌ.

قال: (وَإِذَا طَلَّقَهَا ثَلَاثًا، فَقَالَتْ: قَدْ انْقَضَتْ عِدَّتِي، وَتَزَوَّجْتُ بِزَوْجٍ آخَرَ، وَدَخَلَ بِي الزَّوْجُ، وَطَلَّقَنِي وَانْقَضَتْ عِدَّتِي، وَالْمُدَّةُ تَحْتَمِلُ ذَلِكَ: جَازَ لِلزَّوْجِ أَنْ يُصَدِّقَهَا إِذَا كَانَ فِي غَالِبِ ظَنِّهِ أَنَّهَا صَادِقَةٌ) لأنَّه أمرٌ دينيٌّ أو معامَليٌّ، فيُقبَلُ قولُ الواحدِ فيه، على أنَّ غلبَةَ الظنِّ حُجَّةٌ في الشَّرعِ في كثيرٍ من الأحكامِ، واختُلفَ في تلك المدَّةِ، وسيُتلى عليك في كتابِ العدَّةِ إن شاءَ الله تعالى.

(جش): قالتْ لرجلٍ: طلَّقَني زوجِي ثلاثاً أو ارتدَّ، وانقضَتْ عِدَّتي، فإن غلَبَ على ظنِّه صِدقُها، فله أن يتزوَّجَها، ثقةً كانت أو غيرَ ثقةٍ، ولو قالت: كان نكاحِي فاسداً، فتزوَّجْني ليسَ له ذلك، وإن كانت ثقةً.

(و): خُردَهْ[1] شهدا عندَها أو واحدٌ عدلٌ أنَّ زوجَها طلَّقَها ثلاثاً، فلها أن تعتدَّ وتتزوَّجَ.

(حم فك): طلَّقَها ثلاثاً[2]، ثم قال: كان قبلَها طلقةٌ[3]، وانقضَتْ عِدَّتُها، وصدَّقَته في ذلك، ذكَرَ في «الجامع الكبير» أنَّهما يُصدَّقان، وذكرَ البزدَويُّ: أنَّهما لا يُصدَّقان، وبه يُفتى.

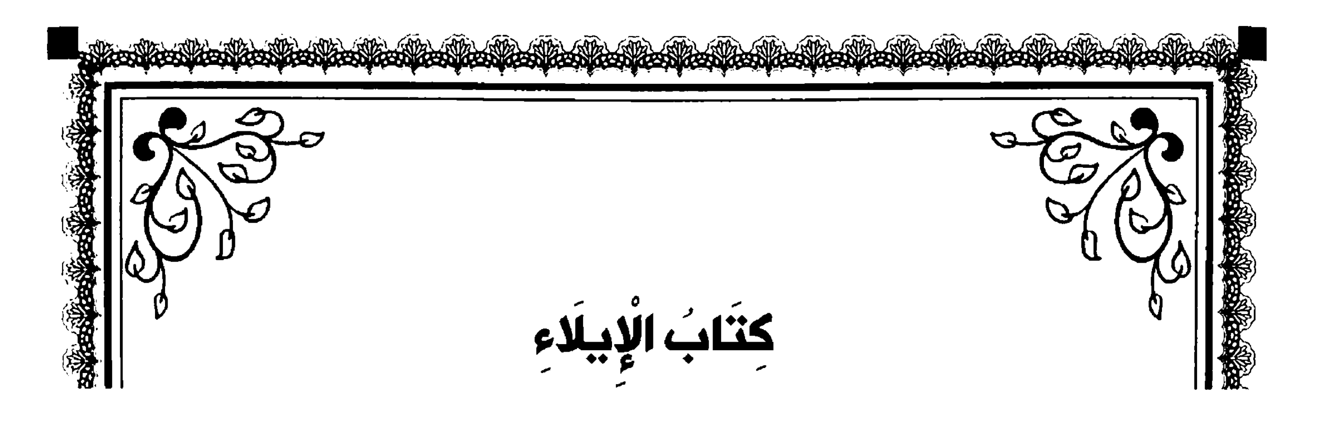
(شص): جاءَ إليها بكتابِ زوجِها فيه طلاقُها، وهو غيرُ ثقةٍ، لكنْ أكبرُ رأيِها أنَّه حقٌّ، فلها أنْ تعتدَّ وتتزوَّجَ بزوجٍ آخرَ، ولو أخبرَها أنَّه ارتدَّ ففيه روايتان.

---

(١) كلمة فارسية، وفي هامش (ف): يعني: أن رجلان... شهدا عند امرأة.

(٢) «ثلاثاً»: ليست في (ج).

(٣) في (ج) زيادة: «ثلاثاً».



كِتَابُ الْإِيلَاءِ

إِذَا قَالَ الزَّوْجُ لِامْرَأَتِهِ: وَاللَّهِ لَا أَقْرَبُكِ، أَوْ: وَاللَّهِ لَا أَقْرَبُكِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ: فَهُوَ مُولٍ.

فَإِنْ وَطِئَهَا فِي الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ: حَنِثَ فِي يَمِينِهِ، وَلَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ، وَسَقَطَ الْإِيلَاءُ وَإِنْ لَمْ يَقْرَبْهَا، حَتَّى مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ: بَانَتْ مِنْهُ بِتَطْلِيقَةٍ، فَإِنْ كَانَ حَلَفَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ: فَقَدْ سَقَطَتِ الْيَمِينُ وَإِنْ كَانَ حَلَفَ عَلَى الْأَبَدِ: فَالْيَمِينُ بَاقِيَةٌ فَإِنْ عَادَ فَتَزَوَّجَهَا: عَادَ الْإِيلَاءُ فَإِنْ وَطِئَهَا، وَإِلَّا وَقَعَتْ بِمُضِيِّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ تَطْلِيقَةٌ أُخْرَى، فَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَادَ الْإِيلَاءُ، وَوَقَعَتْ بِمُضِيِّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ أُخْرَى.

فَإِنْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ: لَمْ يَقَعْ بِذَلِكَ الْإِيلَاءِ طَلَاقٌ وَالْيَمِينُ بَاقِيَةٌ فَإِنْ وَطِئَهَا: كَفَّرَ عَنْ يَمِينِهِ، فَإِنْ حَلَفَ عَلَى أَقَلَّ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ: لَمْ يَكُنْ مُولِيًا، وَإِنْ حَلَفَ بِحَجٍّ أَوْ صَوْمٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ عِتْقٍ أَوْ طَلَاقٍ: فَهُوَ مُولٍ.

الإيلاءُ لغةً: عبارةٌ عن اليمينِ[1]، قال الشاعر[2]:

قليـلُ الألايـا حافِـظٌ ليَمِيـنِه ... وإنْ بـدرَتْ منـهُ الأليَّـةُ بـرَّتْ

وفي الشريعةِ: عبارةٌ عن اليمينِ على تركِ وطءِ زوجتِه مدَّةً مخصُوصةً، لكنها تشاركُ سائرَ الأيمانِ في لزوم الكفَّارةِ بالحِنثِ فيها، وتُفارقُها في وقوعِ الطلاقِ بالبرِّ أربعةَ أشهرٍ جزاءً على ظُلمِه إيَّاها، والأصلُ في صحَّتِه قوله تعالى: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ

---

(١) انظر: «النهاية في غريب الحديث والأثر» (١/ ٦٢).

(٢) البيت لكثير عزة. انظر: «ديوانه مع الشرح» (ص: ٣٢٥).

أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ وَإِنْ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦ - ٢٢٧]، وقد كانَ الإيلاءُ طلاقَ أهلِ الجاهليةِ، فجعلَتْه الشَّريعةُ طلاقاً يتعلَّقُ بمُضِيِّ أربعةِ أشهرٍ إذا لم يوجدْ فيها الفيءُ، إذا ثبتَ هذا:

قال الشيخ رحمه الله: (**إذَا قَالَ الزَّوْجُ لِامْرَأَتِهِ: وَاللَّهِ لَا أَقْرَبُكِ، أَوْ: واللَّهِ لا أَقْرَبُكِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ: فَهُوَ مُولٍ**) لِما تلَونا من الآيةِ.

قال: (**فَإِنْ وَطِئَهَا فِي الأَرْبَعَةِ الأَشْهُرِ: حَنِثَ فِي يَمِينِهِ، وَلَزِمَتْهُ الكَفَّارَةُ**) لأنَّ الكفَّارةَ موجبُ الحِنثِ.

قال: (**وَسَقَطَ**[1] **الإِيلَاءُ**) لأنَّ اليمينَ ترتفعُ بالحنثِ.

قال: (**وإِنْ لَمْ يَقْرَبْهَا حَتَّى مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ: بَانَتْ مِنْهُ بِتَطْلِيقَةٍ**) وقال الشافعيُّ[2]: تَبينُ بتفريقِ القاضِي، كما في الجَبِّ والعُنَّة، ولنا: أنَّه ظلمَها بمنعِ حقِّها في القُربانِ، فجازاهُ الشرعُ بزوالِ نعمةِ النِّكاحِ عند مُضيِّ هذه المدَّةِ، وهو المأثورُ عن عثمانَ وعليٍّ والعبادلةِ وزيدِ بنِ ثابتٍ[3] وكفَى بهم قدوةً للأمَّة، ولأنَّه كانَ طلاقاً في الجاهليَّةِ، فحكَمَ الشرعُ بتأجيلهِ إلى انقضاءِ هذه المدَّةِ.

---

(١) في (ج): «ويسقط».

(٢) في «التنبيه على مشكلات الهداية» (٣/ ١٣٧٣): لم يقل الشافعي رحمه الله أنها تبين بل قال: إن طلق الزوج بنفسه يقع رجعيًا، وكذا إن طلق الحاكم، وبه قال مالك وأحمد، وإنما قال: يقع بائنًا أبو ثور، وممن قال: إن الطلاق يقع بمضي المدة مَن قال: إنه يكون رجعيًا، وهم سعيد بن المسيب، وأبو بكر ابن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام، ومحكول، والزهري، هكذا في «الإشراف». وانظر: «نهاية المطلب في دراية المذهب» (١٤/ ٣٨٣).

(٣) أما عن عثمان بن عفان، وزيد بن ثابت رضي الله عنهما:

فرواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١١٦٣٨)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٨٥٤٢)، والدارقطني في «السنن» (٤٠٤٤)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٥٢٢٥). وأما عن علي، وابن مسعود، وابن عباس رضي الله عنهم: فرواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١١٦٤١). وأما عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما: فرواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٨٥٤٦).

قال: (**فَإِنْ كَانَ حَلَفَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ: فَقَدْ سَقَطَتِ الْيَمِينُ**) لانتهاءِ وقتِها (**وَإِنْ كَانَ حَلَفَ عَلَى الْأَبَدِ: فالْيَمِينُ بَاقِيَةٌ**) لأَنَّها مطلَقةٌ، ولم ترتفعْ بالحنثِ فيبقى.

قال: (**فَإِنْ عَادَ فَتَزَوَّجَهَا: عَادَ الْإِيلَاءُ فَإِنْ وَطِئَهَا، وَإِلَّا وَقَعَتْ بِمُضِيِّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ تَطْلِيقَةٌ أُخْرَى**) لأنَّ اليمينَ باقيةٌ لِما مرَّ، فلمَّا تزوَّجَها عادَ حقُّها في الوطءِ فتحقَّقَ الظُّلمُ بمنعِ حقِّها.

قلتُ: وقولُه: «عاد الإيلاء» معناه: كان يميناً، ولم يكُنْ معها خصِّيصةُ الإيلاءِ؛ وهو تعلُّقُ[1] الطلاقِ بمُضيِّ هذه المدَّة؛ لفَوتِ الظلم بالإبانةِ، فإذا تزوَّجَها عاد حقُّها، فعادَ ظلمُه، فصارَتْ إيلاءً، وتعتبَرُ المدَّةُ الثانيةُ من وقْتِ التزوُّجِ، فإن تزوَّجَها ثالثاً فكذلك.

قال: (**فَإِنْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ: لَمْ يَقَعْ بِذَلِكَ الْإِيلَاءِ طَلَاقٌ**) لتقيُّدِ الإيلاءِ بالمملوكِ، وقد استقصَيتُ الكلامَ فيه في مسألةِ التَّنجيزِ.

قال: (**والْيَمِينُ بَاقِيَةٌ**) لِما مرَّ.

قال: (**فَإِنْ وَطِئَهَا: كَفَّرَ عَنْ يَمِينِهِ، فَإِنْ حَلَفَ عَلَى أَقَلَّ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ: لَمْ يَكُنْ مُولِيًا**) لقول ابنِ عباسٍ: «لا إيلاءَ فيما دونَ أربعةِ أشهرٍ»[2]، ولإيماء النصِّ.

قال: (**وَإِنْ حَلَفَ بِحَجٍّ أَوْ صَوْمٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ عِتْقٍ أَوْ طَلَاقٍ: فَهُوَ مُولٍ**) لأنَّه لا يمكِنُه قُربانُها إلا بحقٍّ يلزَمُه، وهو حدُّ المولِي، ولأنَّ اليمينَ ذِكرُ شرطٍ وجزاءٍ، واختُصَّ الإيلاءُ بالجزاءِ المانعِ من تحقيقِ هذا الشرطِ، وهذه الأجزيةُ مانعةٌ لِما فيها من المشقَّةِ.

(هـ): والحلِفُ بالعتقِ أن يعلِّقَ عتقَ عبدِه بقُربانِها، وقال أبو يوسُفَ: بالعتقِ لا

---

(١) في (ج): «تعليق».

(٢) رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٤/ ١٣٠) عن ابن عباس قال: «إذا آلى من امرأته شهرًا أو شهرين أو ثلاثة، ما يبلغ الحد فليس بإيلاء».

يكونُ مولياً؛ لأنَّه يمكِنُه بيعُه ثم قُربانُها، ولهما: أنَّ البيعَ موهومٌ، فلا يمنعُ المانعيةَ، والحلفُ بالطلاقِ إن تعلَّقَ طلاقُها أو طلاقُ صاحبتِها بقُربانِ هذه.

فَإِنْ آلَى مِن الْمُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ: كَانَ مُولِيًا، وَإِنْ آلَى مِن الْبَائِنَةِ: لَمْ يَكُنْ مُولِيًا.

وَمُدَّةُ إِيلَاءِ الْأَمَةِ: شَهْرَانِ.

فَإِنْ كَانَ الْمَوْلَى مَرِيضًا لَا يَقْدِرُ عَلَى الْجِمَاعِ، أَوْ كَانَت الْمَرْأَةُ مَرِيضَةً، أَوْ كَانَتْ بَيْنَهُمَا مَسَافَةٌ لَا يَقْدِرُ أَنْ يَصِلَ إِلَيْهَا فِي مُدَّةِ الْإِيلَاءِ: فَفَيْؤُهُ أَنْ يَقُولَ بِلِسَانِهِ: فِئْتُ إِلَيْهَا، فَإِنْ قَالَ ذَلِكَ: سَقَطَ الْإِيلَاءُ.

وَإِنْ صَحَّ فِي الْمُدَّةِ: بَطَلَ ذَلِكَ الْفَيْءُ، وَصَارَ فَيْؤُهُ الْجِمَاعَ.

وَإِذَا قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ: سُئِلَ عَنْ نِيَّتِهِ، فَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ الْكَذِبَ: فَهُوَ كَمَا قَالَ، وَإِنْ قَالَ: أَردتُ به الطَّلَاقَ: فَهِيَ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ، إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ الثَّلَاثَ، وَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ الظِّهَارَ: فَهُوَ ظِهَارٌ، وَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ بِهِ التَّحْرِيمَ، أَوْ: لَمْ أُرِدْ بِهِ شَيْئًا: فَهُوَ يَمِينٌ يَصِيرُ بِهَا مُولِيًا.

قال: (**فَإِنْ آلَى مِن المُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ: كَانَ مُولِيًا، وَإِنْ آلَى مِن البَائِنَةِ: لَمْ يَكُنْ مُولِيًا**) لأنَّ الزَّوجيةَ قائمةٌ في الأولى دونَ الثانيةِ.

قال: (**وَمُدَّةُ إِيلَاءِ الأَمَةِ: شَهْرَانِ**) لأنَّ الرقَّ منصِّفٌ، كما في الطَّلاقِ والعِدَّة.

قال: (**فَإِنْ كَانَ المَوْلَى مَرِيضًا لَا يَقْدِرُ عَلَى الجِمَاعِ، أَوْ كَانَت المَرْأَةُ مَرِيضَةً، أَوْ كَانَتْ بَيْنَهُمَا مَسَافَةٌ لَا يَقْدِرُ أَنْ يَصِلَ إِلَيْهَا فِي مُدَّةِ الإِيلَاءِ: فَفَيْؤُهُ أَنْ يَقُولَ بِلِسَانِهِ: فِئْتُ إِلَيْهَا، فَإِنْ قَالَ ذَلِكَ: سَقَطَ الْإِيلَاءُ**) وقال الشافعيُّ: لا فيءَ إلا بالجِماعِ[1]، وبه

---

(١) في «التنبيه على مشكلات الهداية» (٣/ ١٣٧٤): لم يقل الشافعي رحمه الله ذلك، ومذهب الأئمة الأربعة: أن العاجز عن الفيء بالجماع يفيء باللسان، وإنما قال: لا فيء إلا بالجماع سعيد بن جبير،

الطحَاويُّ؛ لأنَّ هذا القولَ لو كان فيئاً لَكانَ حِنثاً، ولنا: أَنَّه آذاها بذِكرِ المنعِ، فيكونُ إرضَاؤها بالوَعدِ باللسانِ، وإذا ارتفعَ الظُّلمُ لا يُجازى بالطَّلاقِ.

قال: (**وَإِنْ صَحَّ فِي الْمُدَّةِ: بَطَلَ ذَلِكَ الْفَيْءُ، وَصَارَ فَيْؤُهُ الجِمَاعَ**) لأَنَّه قدَرَ على الأصلِ قبلَ حصُولِ المقصودِ بالخُلفِ، كالمتيمِّمِ وجدَ الماءَ قبلَ فراغِه من الصَّلاةِ.

قال: (وَإِذَا قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ: سُئِلَ عَنْ نِيَّتِهِ، فَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ الكَذِبَ: فَهُوَ كَمَا قَالَ، وَإِنْ قَالَ: أَردتُ بِه الطَّلَاقَ: فَهِيَ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ، إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ الثَّلَاثَ، وَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ الظِّهَارَ: فَهُوَ ظِهَارٌ) لأنَّ اللَّفظَ يحتمِلُ هذه الوجُوهَ، فأيها نوى صحَّ.

(ه)[1]: وقيل: لا يُصدَّقُ في قولِه: أردتُ به الكذبِ؛ لأَنَّه يمينٌ ظاهراً، وقال محمدٌ: إذا قال: أردتُ به الظِّهارَ فليسَ بظهارٍ؛ لانعدامِ التشبُّه بالمحارمِ. ولهما: أَنَّه أطلَقَ الحُرمةَ، وفي الظِّهارِ نوعُ حُرمةٍ.

قال: (وَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ التَّحْرِيمَ، أَوْ: لَمْ أُرِدْ بِهِ شَيْئًا: فَهُوَ يَمِينٌ يَصِيرُ بِهَا مُولِيًا) لأنَّ الأصلَ في تحريمِ الحلالِ اليمينُ، قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ [التحريم: ١] إلى أن قال: ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ [التحريم: ٢].

قلتُ: وقد ذكَرتُ في بابِ[2] كناياتِ الطَّلاقِ أنَّ هذا في عُرفِهم، فأمَّا في عُرفِنا فهو محمُولٌ على الطَّلاقِ من غيرِ نيَّةٍ.

(شس): أنتِ حرامٌ: تطليقةٌ بائنةٌ من غيرِ نيةٍ.

ويروي عن أبي ثور، واختاره الطحاوي رحمه الله، كذا حكى السروجي. وانظر: «المجموع شرح المهذب» (١٧/ ٢٨٩).

(١) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٢/ ٢٦٠).

(٢) قوله: «باب» ليس في (ف) و(ج).

(عـت): قـالَ لامرأتِه: أنتِ حـرامٌ، أو قـال: أنتِ عليَّ حـرامٌ، ولـم ينوِ شـيئاً: يقَعُ تطليقةٌ.

(م): إنْ كنتُ دخلتُ الدارَ أمسِ فكلُّ حِلٍّ عليَّ حرامٌ، ولم ينوِ طلاقاً، وقد كانَ دخَلَها: لزِمَه يمينٌ، فإن أكلَ أو شرِبَ: كفَّرَ عن يمينِه، وعَن أبي يوسُفَ: إنْ كلَّمتُ زيداً فدخُولُ الدارِ عليَّ حرامٌ وكلامُ عمرٍو، فكلَّمَ زيداً، ثم دخل الدارَ، ثم كلَّمَ عَمْراً: حَنِثَ في يمينٍ واحدةٍ، ولو قال: وكلامُ عمرٍو عليَّ حرامٌ: فهما يمينان.

(حم بت): قال لغيرِه: الكلامُ معك حرامٌ، أو قال: هذا الطعامُ حرامٌ، ولم يقُلْ: إنْ فعلتُ كذا، فليسَ بيمينٍ إلَّا أن يقولَ: كلامُكَ عليَّ، أو الطعامُ عليَّ محرَّمٌ.

(ظم): إنْ نوَى في الأوَّل حُرمتَه عليه: فيمينٌ.

(جـت): حـرَّم طعامـاً فهو يميـنٌ علـى تناولِه المعتـادِ أكلاً فـي المأكولِ، ولُبسـاً فـي الملبـوسِ، إلَّا أن يعيِّـنَ[1] غيـرَه، وكذلـكَ سـائرُ التصرُّفـات فـي الأشـياءِ وفـي الدَّراهـم علـى إنفاقِها.

(قخ) و«نصابُ الفقهاءِ»: حَرام اسْت باتُو سُخْن كُفْتَن: فهو يمينٌ.

(و ك): كلامُ فلانٍ وفلانٍ عليَّ حرامٌ، فكلَّمَ أحدَهما: حنِثَ، كذا عن الحسَنِ عن أبي حنيفةَ، والفتوى على أنَّه لا يحنَثُ حتى يكلِّمَهما، وكذا كلامُ هؤلاءِ القومِ، أو كلامُ أهلِ بغدادَ، فكلَّمَ إنساناً منهم، أو هذا الرَّغيفَ فأكلَ منه.

***

---

(١) في ش وف: «يعني»، وفي (ج): «ينوي».



كِتَابُ الخُلْعِ

إِذَا تَشَاقَّ الزَّوْجَانِ: وَخَافَا أَنْ لَا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ: فَلَا بَأْسَ بِأَنْ تَفْتَدِيَ نَفْسَهَا مِنْهُ بِمَالٍ، يَخْلَعُهَا بِهِ. فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ: وَقَعَ الْخُلْعُ، وهوَ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ وَلَزِمَهَا الْمَالُ.

وَإِنْ كَانَ النُّشُوزُ مِنْ قِبَلِهِ: كَرِهنَا لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا عِوَضًا، وَإِنْ كَانَ النُّشُوزُ مِنْهَا: كُرِهَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَاهَا.

قال: (إِذَا تَشَاقَّ الزَّوْجَانِ: وَخَافَا أَنْ لَا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ: فَلَا بَأْسَ بِأَنْ تَفْتَدِيَ نَفْسَهَا مِنْهُ بِمَالٍ، يَخْلَعُهَا بِهِ) لقولِه تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

قال: (فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ: وَقَعَ الخُلْعُ[1]، وهُو تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ، وَلَزِمَهَا المَالُ) لقولِه عليه السَّلام: «الخُلعُ تطليقةٌ بائنةٌ»[2]، ولأنَّها إنما تسلِّمُ المالَ لتسلَمَ لها النفسُ، وذلك في البينُونةِ، والحديثُ حُجَّةٌ على الشافعيِّ في جعلِه فسخاً[3].

قال: (وَإِنْ كَانَ النُّشُوزُ مِنْ قِبَلِهِ: كَرِهنَا لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا عِوَضًا) لقولِه تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ [النساء: ٢٠].

---

(١) في (ج): «وقع الطلاق».

(٢) رواه أبو يعلى في «معجمه» (٢٣٠)، والدراقطني في «سننه» (٤٠٢٥)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٤٨٦٥) عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ جعل الخلع تطليقة بائنة.
والحديث معلول. انظر: «نصب الراية» (٣/ ٢٤٣)، حتى قال العيني في «البناية شرح الهداية» (٥/ ٥٠٨): لم يذكر أحد من الشراح دليلاً لنا صحيحاً في هذا.

(٣) في المذهب تفصيل ينظر: «المجموع شرح المهذب» (١٧/ ١٤).

قال: (وَإِنْ كَانَ النُّشُوزُ مِنْهَا: كُرِهَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَاهَا) وفي «الجامع الصغير»: طابَ الفضلُ أيضاً؛ لإطلاقِ ما تلَونا من الآيةِ الأولى، ووجهُ هذه الرِّوايةِ حديثُ جميلةَ امرأةِ ثابتِ بنِ قيسٍ: ولا أَعِيبُ على ثابتٍ في دِينٍ ولا خلُقٍ، ولكن لا أُطيقُه بُغضاً يا رسولَ الله، فقال عليه السَّلام: «أتردِّين عليه حديقتَه؟» فقالت: نعم وزيادةً، فقال عليه السَّلام: «أمَّا الزيادةُ فلا»[1]، ولو أخذَ الزِّيادةَ أو المهرَ في النُّشوزِ منه جازَ في القضاءِ.

وَإِنْ طَلَّقَهَا عَلَى مَالٍ، فَقَبِلَتْ: وَقَعَ الطَّلَاقُ، وَلَزِمَهَا الْمَالُ، وَكَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا.

وَإِنْ بَطَلَ الْعِوَضُ فِي الْخُلْعِ، مِثْلُ أَنْ يُخَالِعَ الْمُسْلِمَةَ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ: فَلَا شَيْءَ لِلزَّوْجِ، وَالْفُرْقَةُ بَائِنَةٌ، وَإِنْ بَطَلَ الْعِوَضُ فِي الطَّلَاقِ: كَانَ رَجْعِيًّا.

وَمَا جَازَ أَنْ يَكُون مَهْرًا: جَازَ أَنْ يَكُون بَدَلًا فِي الْخُلْعِ.

وَمَا جَازَ أَنْ يَكُون مَهْرًا: جَازَ أَنْ يَكُون بَدَلًا فِي الْخُلْعِ.

وَإِنْ قَالَتْ لَهُ: خَالِعْنِي عَلَى مَا فِي يَدِي، فَخَالَعَهَا، وَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ: فَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهَا، وَإِنْ قَالَتْ: عَلَى مَا فِي يَدِي مِنْ مَالٍ، وَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ: رَدَّتْ عَلَيْهِ مَهْرَهَا.

وَإِنْ قَالَتْ: عَلَى مَا فِي يَدِي مِنَ الدَّرَاهِمِ، فَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ: فَلَهُ عَلَيْهَا ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ.

قال: (**وَإِنْ طَلَّقَهَا عَلَى مَالٍ، فَقَبِلَتْ: وَقَعَ الطَّلَاقُ، وَلَزِمَهَا المَالُ، وَكَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا**) لأنَّ الزوجَ يملِكُ تعليقَ الطلاقِ بقَبولها المالَ، وهي من أهلِ الالتزام لولايتِها على نفسِها ومالِها، ومِلكُ النِّكاحِ ممَّا يجوزُ الاعتياضُ عنه، وإن لم يكُنْ مالاً كالقصاصِ،

---

(١) رواه الدارقطني في «السنن» (٣٦٢٩)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٤٨٤٩) عن أبي الزبير مرسلًا. ورواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٨٥١٢)، وأبو داود في «المراسيل» (٢٣٥)، والدارقطني في «السنن» (٣٨٧١)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٤٨٤٤) عن عطاء مرسلاً، قال الدارقطني: أسنده الوليد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس، والمرسل أصح.

فصحَّ وكانَ الطلاقُ بائنا لِما مرَّ، ولأنَّ الزَّوجَ قد ملَكَ العوضَ، فتملِكُ هي المعوَّضَ تسويةً[1] بينهما.

قال: (**وَإِنْ بَطَلَ العِوَضُ فِي الخُلْعِ، مِثْلُ أَنْ يُخَالِعَ المُسْلِمَةَ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ: فَلَا شَيْءَ لِلزَّوْجِ، والفُرْقَةُ بَائِنَةٌ، وَإِنْ بَطَلَ العِوَضُ فِي الطَّلَاقِ: كَانَ رَجْعِيًّا**) وإنما يقعُ الطلاقُ في الوجهَين لتعلُّقِ الطلاقِ بالقَبولِ، وقد وُجدَ، وإنما افترَقا في الوصفِ؛ لأنَّه لمَّا بطَلَ العِوضُ في الخُلعِ بقيَتْ لفظةُ الخُلعِ، وإنه كنايةٌ، والكناياتُ بوائن، بخلافِ الثاني؛ لأنَّه صَريحٌ، وإنما لم يجِبْ على الزَّوجِ شيءٌ؛ لأنَّه لم يلتزمْ[2] المالَ، ومِلكُ البُضعِ ليس بمتقوَّمٍ عند الخروجِ، وإنما يلزَمُ بالالتزامِ، أو باستهلاكِ المالِ أو تملُّكِه، ولم يوجَدْ شيءٌ منها، بخلافِ ما إذا خلَعَها على خَلٍّ بعينِه، فإذا هي خمرٌ؛ لالتزامِ المالِ تسميةً، وبخلافِ ما إذا كاتَبَه على خمرٍ؛ لأنَّ مِلكَ المولى ثمَّةَ متقوَّمٌ فتملَّكَه، وبخلافِ النِّكاحِ؛ لأنَّ مِلكَ البُضعِ متقوَّم عندَ الدُّخولِ إظهاراً لشرفِه، ونفسُ الإسقاطِ عندَ الخروجِ شرَفٌ، فلا حاجةَ إلى التقوُّمِ.

(**شط**): خَلعَ الصغيرةَ بمهرِها فقبِلَت، أو قالت: اخلَعْني على مهرِي ففعَلَ: طلُقَت مجاناً، وكذا الأمَةُ إذا اختلعَتْ بغيرِ إذنِ المولى، لكنَّها تؤاخَذُ بعدَ العتقِ بخلافِ الصَّغيرةِ، وإن اختلعَتْ بإذنِه بيعَتْ فيه، وكذا أمُّ الولد والمدبَّرة، لكنَّهما لا تُباعان، والمكاتَبةُ تؤاخَذُ به بعدَ العتقِ، سواءٌ كان الخِلعُ بإذنِ المولى أو بغَيرِ إذنِه؛ لأنَّه تبرُّعٌ كالكفَالةِ، ولو خلَعَ الصَّغيرةَ أبوها أو غيرُه بمهرِها ولم يضمَنْ، فإن قبِلَت وهي تعقِلُ الخُلعَ طلُقت مجاناً، وإن لم تقبَلْ وقبِلَ الأبُ تطلُقُ في أصحِّ الروايتَين.

(**جش**): جازَ الخُلعُ ولا يبرأُ الزوجُ عن المهرِ، فإن بلغَتْ فأجازت الخُلعَ: برئ،

---

(١) في (ج): «لتسوية».

(٢) في (ش) و(ص): «على الزوجة شيء لأنها لم تلتزم».

ولو خالَعَها بمهرِها وضمِنَ للزوجِ وبلَغَتْ هي ولم تُجِزْ: صحَّ الخُلعُ وطلُقَت؛ لأنَّه معلَّقٌ بقَبولِ الأبِ، وتأخُذُ هي زوجَها بمهرِها، ويرجِعُ الزوج به على الأبِ[1] بحُكمِ الضَّمانِ، وإن لم يكُنِ الضَّمانُ مشرُوطاً في الخُلعِ وكانَ معطوفاً: لم يصِحَّ الخلعُ والضَّمانُ ولم تطلُقْ.

ولو خلَعَ الكبيرةَ بإذنِها فالبدلُ عليها، وكذا كلُّ ما لا يكونُ مبادَلةَ مالٍ بمالٍ؛ لأنَّ الحقوقَ فيه لا ترجِعُ إلى العاقدِ، فإنْ ضَمِنَ أُخذَ به، ثم يرجِعُ هو به عليها؛ لأنَّ الأمرَ بالخُلعِ أمرٌ بالضَّمانِ، فإنْ خلَعَ بغيرِ أمرِها ولم يضمَنْ: يوقَفُ على إجازتِها، فإنْ أجازَتْ فالبدلُ عليها، وإنْ ردَّتْ بطَلَ، وقيل: ينبغِي أن تطلُقَ؛ لأنَّه معلَّقٌ بقَبولِه، فإن ضمِنَ: تطلُقُ ولزِمَه البدلُ؛ لأنَّه بدلُ إسقاطٍ، فجازَ وجوبُه على غَيرِها ابتداءً بالضَّمانِ كقضاء دينِ الأجنبيِّ، بخلافِ بدلِ العتقِ حيثُ لا يلزمُ الضَّمانُ بدونِ الإذنِ؛ لأنَّه بدلُ الملكِ، فلا يجِبُ على غيرِ مَن له الملكُ.

ولو أبرأَ الأبُ الزَّوجَ عن مَهرِها، أو وهَبَ بشرطِ الضَّمانِ، فإن لم تُجزِ البنتُ لم تَجُزِ البراءةُ، ولا يلزمُه شيءٌ، ولو زعمَ أنَّها آذنَتْه بذلك، فقال له الزوجُ: هل أنت ضامنٌ بما وهبَتْ لي إن أنكرَتِ الإذنَ وأخذَتْ مني، فقال: نعم، صحَّ الضَّمانُ لإضَافتِه إلى سببِ الوجُوبِ.

قال: (**وَمَا جَازَ أَنْ يَكُون مَهْرًا: جَازَ أَنْ يَكُون بَدَلًا فِي الخُلْعِ**) لأنَّ ما يصلُحُ عِوَضاً للمتقوَّمِ أَولى أن يصلُحَ لغَيرِه، لكنْ يجوزُ الخُلعُ بما دونَ العشَرةِ.

قال: (**وإنْ قَالَتْ لَهُ: خَالِعْنِي عَلَى مَا فِي يَدِي، فَخَالَعَهَا، وَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ: فَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهَا**) لأنَّه لم تغرِّرْه بتسميةِ المالِ.

---

(١) في ش وف: «ويرجع الزوج على الأب».

(**شط**): وكذا لو قالَتْ: على ما في يدِي من شَيءٍ، أو قالَتْ: على ما فِي بطنِ جارِيتي، ولم تلِدْ لأقلَّ من ستَّةِ أشهرٍ.

قال: (**وَإِنْ قَالَتْ: عَلَى مَا فِي يَدِي مِنْ المَالِ، وَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ: رَدَّتْ عَلَيْهِ مَهْرَهَا**) لأنَّه تعذَّرَ إيجابُ المسمَّى لجهالتِهِ، وقيمَةِ البُضْعِ لعدمِ تقوُّمه عندَ الخروجِ، فتعيَّنَ إيجابُ ما قامَ به على الزوجِ.

(**شط**): إلا أن يعلَمَ الزوجُ أنَّه ليس في يدِها شيءٌ، وكذا لو خلعَها على ما في هذا البيتِ من المتاعِ، ويعلمُ أنَّه لا متاعَ فيه، أو خلعَها بمهرِها ويعلمُ أنَّه لا مهرَ لها: يقعُ مجاناً، ولو قالت: على ما يثمِرُ نخلِي، أو تلِدُ غنَمِي، أو ما أرِثُ العامَ، أو أكتسِبُه، أو ما أشتغِلُ من عقَارِي: ردَّتْ مهرَها لفسَادِ التَّسميةِ للجهَالةِ والخطرِ، فإنْ كانَتْ وهبَتْ له المهرَ: لم يرجِعْ عليها بشيءٍ.

قال: (**وَإِنْ قَالَتْ: عَلَى مَا فِي يَدِي مِنْ الدَرَاهِمَ، فَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ: فَلَهُ عَلَيْهَا ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ**) لأنَّه أدنى الجمعِ الصَّحيحِ، وكلمةُ «من» هاهنا بيانيَّةٌ، وكذا: من دراهمَ.

(**شط**): فإنْ كانَ في يدِها ثلاثةٌ أو أكثرُ فلها ذلكَ، وإنْ كانَ أقلَّ من ثلاثةٍ: يُكمَّلُ ثلاثةً، وكذا لو قالت: على ما في يدِي من الدَّنانير والفلوسِ وجميعِ الأشياء كالثِّيابِ والحيوانِ وغيرِها؛ لأنَّها تثبُتُ دَيناً في الذِّمةِ بالخُلعِ.

عن محمَّدٍ: خلعَها على رَضاعِ ما في بطنِها، ولم يكُنْ أو مات، ردَّتْ قيمةَ الرَّضاعِ، ولو لم يمُتْ فهو على سنتَين، وعن أبي يوسُفَ: إنْ لم يكُنْ أو ولَدَت ميتاً فالمهرُ، وإن ولدَتَ ثمَّ ماتَ فالقيمةُ، ولو خلعَها على أن تُمسكَ ولدَها سنتَين بنفقَتِها، ثم أبت: تُجبرُ، فإن لم تفعلْ ردَّتْ قيمةَ النفقةِ بقدْرِ ما لم تمسِكْ، وكذا لو خلعَها على أن تمسِكَه إلى البلوغِ، ثم أبَتْ: تُخيَّرُ، فإن لم تفعَلْ ردَّتَ أجرَ مثلِ إمساكِه، فإن ماتَ الولدُ قبل المدَّة ردَّتْ من النفقَةِ والأجرِ بحسَابِه، وإن لم يوقِّت الإمساكَ ترُدُّ المهرَ، ولو

اختلعَتْ على أنْ يكونَ الولدُ عندَ الأبِ، فالشرطُ باطلٌ؛ لأنَّ كونَه عندَ الأمِّ حقُّ الولدِ: فلا يبطِلُه[1].

(جش شج): فوَّضتِ الخُلعَ إلى زوجِها، أو العبدُ إلى المولى، ففعلَ بغيرِ حضرَتِهما: جازَ، والواحدُ يتولَّى الخُلعَ من الجانبَين، وفي عتاقِ الأصلِ الواحدِ يكونُ وكيلاً من الجانبَين في العِتاقِ والخُلعِ والصُّلحِ عن دمِ العمدِ إذا كان البدلُ مسمًّى، وإلا: لا يكُون، في ظاهرِ الروايةِ، وعن محمدٍ: أنه يكون.

(و): تخالعا ولم يذكر من المالِ شيئاً: فعن محمَّد أنَّ الخلعَ باطلٌ؛ لأنَّه لا يكون إلَّا بالمالِ.

(ن) والأصحُّ أنَّه يصحُّ.

(و): قال لها: بعتُ منكِ ثلاثَ تطليقاتٍ بمهرِكِ ونفَقةِ عِدَّتِك، فقالت: بعتُ، ولم يقل: اشترَيتُ، قال أبو بكرٍ الإسكافُ: بانت؛ لأنَّها باعَت مهرَها ونفقةَ عِدَّتِها، وقال أبو اللَّيث: لا يقعُ، وهو المختارُ.

ولو قال: خالعتُكِ[2] على عبدكِ الذي عندي، أو قال: على متاعِك، وليس في يدِه شيءٌ، وقعَ على مهرِها، فإن كانت لم تقبِضْه برِئَ الزوجُ، وإلَّا ردَّتْ مهرَها.

قلتُ: وهذا بخلافِ ما ذُكرَ في (**شط مج**): قال لها: خلعتُكِ ولم يذكُرْ مالاً، فقالت: قبِلتُ، لا يسقطُ من المهرِ شيءٌ.

(**شب**): يقعُ الطلاقُ ويبرأُ الزَّوجُ عن المهرِ[3]، وإن لم يكُنْ عليه مهرٌ: ردَّتْ عليه مهرَها؛ لأنَّ المالَ مذكورٌ عُرفاً.

---

(١) في (ج): «يبطلانه».

(٢) في (ص) و(ف): «خلعتك».

(٣) في (ش): «من المهر».

ولو قالَ لها الزَّوجُ: أبرئيني عن كلِّ حقٍّ لك حتى أطلِّقَكِ، فقالَتْ: أبرأتُك عن كلِّ حقٍّ للنِّساءِ على الأزواجِ، فقالَ الزَّوجُ في ذلك الفَورِ: طلقتُكِ واحدةً، فهي بائنةٌ؛ لأنَّها بعوضِ الإبراءِ دلالةً.

(خك): باع طلاقَها منها بمهرِها، فهو براءةٌ من المهرِ، والطلاقُ رجعيٌّ.

(جت): خلعتُك على عبدي: وُقفَ على قَبولها، ولم يجب شيءٌ.

قلتُ: الظاهر أنَّه عنى بقوله: وُقفَ على قَبولِها؛ أي: وقوعُ الطلاقِ، ومعرفةُ هذه المسألة من أهمِّ المهماتِ في هذا الزمان؛ لأنَّ الناسَ يعتادون إضافةَ الخُلعِ إلى مال الزوجِ بعد إبرائها إيَّاه من المهر، فبهذا عُلمَ أنَّها إذا قبِلَت وقعَ الطلاقُ، ولم يجبْ على الزَّوجِ شيءٌ.

وفي «منية الفقهاء»: **(شم شح)**: خالعتُكِ[1] بما لي عليكِ من الدينِ وقبِلَت: ينبغِي أن يقعَ الطلاقُ، ولا يجبَ شيءٌ ويبطُلَ الدَّين.

(فج): ولو كانت اختلعَتْ على عبدٍ، ثم تبيَّنَ أنَّه عبدُ الزوجِ بتصادُقِهما، فينبَغِي أنْ لا يلزَمَها شيءٌ؛ لسلامةِ البدَلِ له.

(شص): الحيلةُ في إبراءِ الزوجِ عن مهرِ الصَّغيرةِ أن يُحيلَ الزوجُ المهرَ على أبيها؛ لأنَّ الأبَ يملِكُ إحالةَ دَينِ الصَّغيرين[2] إذا كان المحتالُ عليه أملى؛ أي: أسهلَ قضاءً، والأبُ أملى من الزَّوجِ.

(جت): أضافَ الأجنبيُّ الخُلعَ إلى مالِه صَحَّ ولزِمَه، ولو أضافَ إلى مالٍ أشارَ إليه ولم يضِفْه إلى نفسِه، وهوَ له أو لغَيرِه، فإن قبِلَتْه سلَّمَتْه أو قيمَتَه.

---

(١) في (ف): «خلعتك».

(٢) في (ص) و(ش): «الصغير».

وَإِنْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ، فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً: فَعَلَيْهَا ثُلُثُ الْأَلْفِ، وَإِنْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي ثَلَاثًا عَلَى أَلْفٍ، فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً: فَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَلَوْ قَالَ الزَّوْجُ: طَلِّقِي نَفْسَكِ ثَلَاثًا بِأَلْفٍ، أَوْ عَلَى أَلْفٍ، فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا وَاحِدَةً: لَمْ يَقَعْ عَلَيْهَا شَيْءٌ.

وَالمُبَارَأَةُ: كَالخُلْعِ، وَالخُلْعُ وَالمُبَارَأَةُ: يُسْقِطَانِ كُلَّ حَقٍّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِن الزَّوجَيْنِ عَلَى الآخَرِ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بالنِّكَاحِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

قال: (**وَإِنْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ، فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً: فَعَلَيْهَا ثُلُثُ الأَلْفِ**) لأنَّ الباءَ تصحَبُ الأعواضَ، وليسَ فيه معنى الشَّرطِ، والعوضُ ينقسِمُ على المعوَّضِ، والطَّلاقُ بائنٌ لوجُوبِ المال.

قال: (**وإنْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي ثَلَاثًا عَلَى أَلْفٍ، فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً: فَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ**) والطَّلاقُ رجعيٌّ، وقالا: تقعُ واحدةً بائنةً بثُلثِ الألف، وبه الشافعيُّ[1]؛ لأنَّ كلمةَ: «على» كالباءِ في المعاوَضات، حتى كان قولُهم في الإجارةِ: احمِلْ هذا الطعامَ بدرهمٍ وعلى درهمٍ سواءً، ولأبي حنيفةَ أن كلمةَ: «على» للشرطِ، قال الله تعالى: ﴿يُبَايِعْنَكَ عَلَىٰٓ أَن لَّا يُشْرِكْنَ بِٱللَّهِ شَيْـًٔا﴾ [الممتحنة: ١٢]، وكذا لو قال لها: أنت طالقٌ على أن تدخُلي الدارَ، كان الدُّخولُ شرطاً، وللمرأةِ غرضٌ صحيحٌ في اشتراطِ الثلاثِ، وهو أعظمُ البينُونةِ، فيُحمَلُ عليه، والمشروطُ لا ينقسِمُ على أجزاءِ الشرطِ، بخلافِ الباء على ما بينَّا.

قال: (**ولَو قَالَ الزَّوْجُ: طَلِّقِي نَفْسَكِ ثَلَاثًا بِأَلْفٍ، أَوْ عَلَى أَلْفٍ، فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا وَاحِدَةً: لَمْ يَقَعْ عَلَيْهَا شَيْءٌ**) لأنَّها مبتدئةٌ غيرُ ممتثلةٍ، ولأنَّ الزوجَ ما رضِيَ بالبينونةِ إلا

---

(١) انظر: «الأم» للشافعي (٥/ ٢١٩).

لتَسلَمَ له الألفُ كلُّه، بخلافِ قولها: طلِّقْني ثلاثاً بألفٍ؛ لأنَّها لمَّا رضيَتْ بالبينُونةِ[١] كانت ببعضِها أرضى.

(شط): ولو قال لها: أنت طالقٌ بألفٍ، أو على ألفٍ، أو على أن تُعطيني ألفاً، أو خالعتُكِ على ألفٍ أو بارأتُك أو طلقتُكِ بألفٍ: يقعُ بالقبول في المجلسِ، وهذا يمينٌ من جهةِ الزوجِ حتى صحَّ تعليقُه وإضافتُه، ولا يصِحُّ رجوعُه، ولا تبطُلُ بقيامِه عن المجلسِ، ويتوقَّفُ على البلوغِ إليها إذا كانت غائبةً؛ لأنَّه تعليقُ الطلاقِ بقَبولِها المالَ، وهو من جهةِ المرأةِ مبادَلةٌ: فلا يصِحُّ تعليقُها وإضافتُها، ويصِحُّ رجوعُها قبل قَبولِ الزوجِ، ويبطُلُ بقيامِها عن المجلسِ، ولا يتوقَّفُ على البلوغِ إلى الزوجِ؛ لأنَّه تمليكُ المالِ من جهتِها، حتى لو قالت: طلِّقْني بدرهمٍ طلِّقْني بدينارٍ، فطلَّقَها تطلُقُ بدينارٍ، ولو قالَ الزوجُ: أنت طالقٌ على درهمٍ، أنت طالقٌ على دينارٍ، فقبِلَت تطلُقُ بالمالَين، والمولى كالزوجِ، والعبدُ كالمرأةِ في الكتَابةِ في وجُوهِه.

في «التقريب»: أبرأتُك على طلاقِي، ينبغِي أن يقعَ بالقَبولِ، ولو قالت: على أن تطلِّقَني: لا يبرأُ ما لم يطلِّقْها، وأصلُه في النكاحِ: تزوَّجَها على طلاقِ فلانةَ: يقعُ بالعقدِ، وعلى أن يطلِّقَها: لا يقعُ ما لم يطلِّقْها.

(شب): أنتِ طالقٌ على أن تُعطيني ألفاً، يقعُ بالقَبول؛ لأنَّ «على» لتعليقِ الإيجابِ بالقَبولِ في المجلسِ لا بالفعلِ، وقال أبو الهيثم: هو تعليقٌ بالإعطاءِ، قال الشَّهيدُ: فعلى هذا لو قالَ: أنت طالقٌ بانْ شركاكه فلان جيز بِمَزْدَهِي؛ فقبلتْ في المجلسِ: يقَعُ.

(شب): قالوا: فعلى هذا لو قالَ: أبرأتُكِ على أنْ تُعطيني صكًّا: يقعُ، ويبرأُ بالقَبولِ.

(جت): قيل: وكذا في قولها: أبرأتُكَ وطلِّقْني، وفي قولِها: فطلِّقْني أو طلِّقْني لا يبرأُ إلا بالطَّلاقِ، أو بكتبِه الصكَّ.

---

(١) في (ف) زيادة: «بألف».

ولو قال لها: أنت طالقٌ وعليك ألفٌ، أو قال لعبده: أنت حرٌّ وعليك ألفٌ، يقعُ الطلاقُ والعتقُ مجاناً، وقالا: هو شرطٌ، ولو قالت: طلِّقْني أو اخلعني ولك ألفٌ، ففعل طلُقَت مجاناً، وقالا: بألفٍ، ولو قالت: طلقني ثلاثاً على أنَّ لك ألفاً وكانت مطلقةً ثنتَين، فطلَّقَها واحدةً، فله الألفُ، كقولها: طلِّقْني أربعاً بألفٍ، فطلَّقَها ثلاثاً.

(جع بق): إذا أبرأَتْه بشرطِ أن يطلِّقَها: لم يبرأْ حتَّى يطلِّقَها في المجلسِ.

قلتُ: واختُلفَ في قولِها: أبرأتُك بالطلاقِ والصكِّ، أو بشرطِ الطلاقِ والصكِّ، والأصحُّ أنَّ في الأولِ تطلقُ ويبرأُ بالقَبولِ في المجلسِ، وفي الثاني: لا ما لم يُوجَدِ الشرطُ.

قال: (**والمُبارَأَةُ: كالخُلْعِ**) لأنَّها تقتَضِي البراءةَ من الجانبَين، في «المغرب»[1]: بارَأَ شَريكَه: أبرَأَ كلُّ واحدٍ منهما صاحبَه، ومنه قولُهم: المبارأةُ كالخُلعِ، وتركُ الهمزةِ خطأٌ.

قال: (والخُلْعُ والمُبَارَأَةُ: يُسْقِطَانِ كُلَّ حَقٍّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِن الزَّوْجَيْنِ عَلَى الآخَرِ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بالنِّكَاحِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وقال محمَّدٌ: لا يسقُطُ فيهما إلَّا ما سمَّياه، وأبو يوسُفَ في الخُلعِ معَ محمَّدٍ، وفي المبارأةِ معَ أبي حنيفَةَ، لمحمَّدٍ أنَّ هذه معاوَضةٌ، وفي المعاوَضاتِ: يسقطُ المشروطُ لا غيرُ، ولأبي يوسُفَ: أنَّ المبارأةَ مفاعلةٌ من البراءة، فتقتَضِي البراءةَ من الجانبَين، وإنَّه مطلَقٌ، لكنه قُيِّدَ بحقوقِ النِّكاحِ لدلالةِ الغرض عليه، وأمَّا الخُلعُ فمقتضَاه الانخلاعُ، وقد حصلَ في خَلعِ قيدِ النِّكاحِ، فلا ضرُورةَ إلى انقطاعِ الأحكامِ، ولأبي حنيفَةَ: أنَّ الخُلعَ يُنبئُ عن الفصلِ، ومنه: خُلعُ الفعلِ وخَلعُ العملِ، وهو مطلَقٌ كالمبارأةِ، فيُعملُ بإطلاقِهما في النِّكاحِ وأحكامِه وحقُوقِه.

---

(١) انظر: «المغرب في ترتيب المعرب» (ص: ٣٨).

وعن شيخِ الإسلامِ نجمِ الأئمَّة البخاريِّ: معنى المبارأةِ: بالخ جي ينوني دا أي بيزا رياد مسكا شيا من.

قلت: وكذا لو قالت: بيزار فامكن جي جو ملك كران دمامس اتك بيزار راك؛ ففعل، وذلك في مذاكَرةِ التسريحِ كان مبرأةً.

فأمَّا إذا أبرأَتْ زوجَها عن جميعِ الحقوقِ، وقبِلَ الزوجُ ذلك: لا يبرأُ، ولا يقعُ الطَّلاقُ[1].

(قخ جص): أمَّا الطلاقُ بمالٍ ففيه روايتان عن أبي حنيفةَ، والأصحُّ أنَّه لا يوجِبُ البراءةَ عن حقوقِ النِّكاحَ، وإنْ كانَ الخلعُ بلفظِ البيعِ والشراءِ اختلَفَ المشايخُ فيه على قولِه.

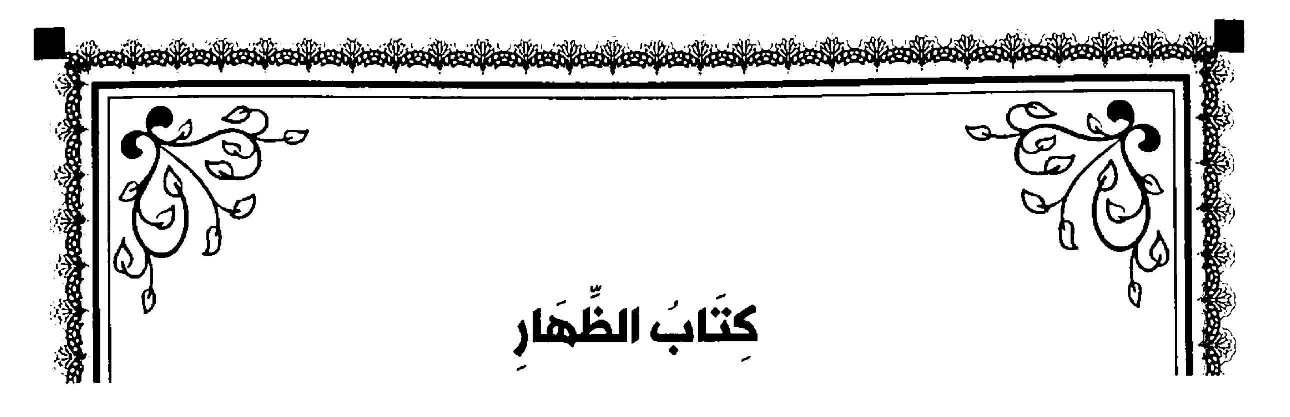
(هـ)[2]: وإن ضمن الأبُ المهرَ؛ يعني: في خُلعِ بنتِه الصغيرةِ قبل الدخول، وهو ألفُ درهمٍ، طلُقَت لوجودِ قَبولِه، ويلزمُه خمسُمِائةٍ استحساناً، وفي القياس: يلزمُه الألفُ، وأصلُه في الكبيرةِ إذا اختلعَتْ قبلَ الدخولِ على ألفٍ، ومهرُها ألفٌ، ففي القياسِ: عليها خمسُمِائةٍ زائدةٌ، وفي الاستحسانِ: لا شيءَ عليها؛ لأنَّه يُرادُ به عادةً حاصلُ ما يلزَمُ لها، والله أعلم بالصواب.

***

---

(١) في (ف) زيادة: «وإن اختلعت نفسَها على شيءٍ بعينه كالثياب ونحوِها، يسقطُ عنه المهر عند أبي حنيفة، ولو كانت قبضته لا يستردُّه الزوج».

(٢) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٢/ ٢٦٤).



كِتَابُ الظِّهَارِ

إِذَا قَالَ الزَّوجُ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي: فَقَدْ حَرُمَتْ عَلَيْهِ، لَا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا وَلَا لَمْسُهَا وَلَا تَقْبِيْلُهَا، حَتَّى يُكَفِّرَ عَنْ ظِهَارِهِ.

فَإِنْ وَطِئَهَا قَبْلَ أَنْ يُكَفِّرَ: اسْتَغْفَرَ اللَّهَ تَعَالَى، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ غَيْرُ الْكَفَّارَةِ الْأُولَى، وَلَا يُعَاوِدُ حَتَّى يُكَفِّرَ، وَالْعَوْدُ الَّذِي يَجِبُ بِهِ الْكَفَّارَةُ: أَنْ يَعْزِمَ عَلَى وَطْئِهَا.

كِتَابُ[1] الظِّهَارِ

اعلمْ أنَّ الظِّهارَ كان طلاقاً في الجاهليَّة، فنقلَه الشرعُ إلى تحريمٍ يرتفِعُ بالكفَّارة؛ لِما رويَ: أنَّ خولةَ امرأةَ أوسِ بنِ الصَّامتِ جاءت مشتكيةً إلى رسولِ الله عليه السلام وقد ظاهرَ منها زوجُها، فأنزلَ اللهُ سبحانه وتعالى: ﴿قَدْ سَمِعَ ٱللَّهُ قَوْلَ ٱلَّتِي تُجَٰدِلُكَ فِي زَوْجِهَا﴾ [المجادلة: ١]... الآياتِ الثلاثَ[2].

والظِّهارُ: تشبيهُ امرأتِه أو عضوٍ منها يعبَّرُ به عن جميعِ البدنِ، أو جزءٍ شائعٍ منها بامرأةٍ لا تحِلُّ له على التأبيدِ، أو بعضوٍ منها لا يحِلُّ له النظرُ إليه، كالظَّهرِ والبطنِ والفَخِذِ ونحوِها، إذا عرَفْنا هذا جئنا إلى مسائل الكتاب.

---

(١) في (ف) و(ج): «باب».

(٢) رواه ابن ماجه (٢٠٦٣)، والحاكم في «المستدرك» (٣٧٩١)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٥٢٤٣) بنحوه من حديث عائشة رضي الله عنها، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي.

قال الشيخ رحمه الله: (**إذَا قَالَ الزَّوجُ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي: فَقَدْ**[١] **حَرُمَتْ عَلَيْهِ، لَا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا، وَلَا لَمْسُهَا، وَلَا تَقْبِيلُهَا، حَتَّى يُكَفِّرَ عَنْ ظِهَارِهِ**) لقولِه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ [المجادلة: ٣]، ولأنَّ الظِّهارَ لمَّا كان جنايةً لكونِه منكَراً من القول وزُوراً، فناسَبَ المجازاةَ بالحُرمةِ المؤقَّتةِ بالكفَّارةِ، ثمَّ لمَّا حرُمَ الوطءُ حرُمَ بدواعِيهِ حذَرَ الوقوعِ فيه، كمَا في الإحرامِ والاعتكافِ، بخلافِ الحَيضِ والصَّومِ دفعاً للحرَجِ الغالبِ.

قال: (**فَإِنْ وَطِئَهَا قَبْلَ أَنْ يُكَفِّرَ: اسْتَغْفَرَ اللَّهَ تَعَالَى، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ غَيْرُ الكَفَّارَةِ الأُولَى، وَلَا يُعَاوِدُ حَتَّى يُكَفِّرَ**) لِما رويَ: أنَّ سلَمةَ بنَ صخرٍ ظاهَرَ من امرأتِه، فخرَجَ في ليلةٍ مُقمِرةٍ، فأعجبَتْه فوقَعَ عليها، ثمَّ أخبرَ بذلك رسولَ الله عليه السَّلام، فقال عليه السَّلام: «استغفِرِ اللهَ، ولا تعُدْ حتى تكفِّرَ»[٢].

قال: (**وَالعَوْدُ الَّذِي يَجِبُ بِهِ الكَفَّارَةُ: أَنْ يَعْزِمَ عَلَى وَطْئِهَا**) وقال الشافعيُّ[٣]: الكفارةُ تجبُ بالظِّهار، والعودُ هو إمساكُها على النكاحِ عَقيبَ الظِّهار زماناً يمكِنُه طلاقُها، فإذا طلَّقَها عَقِيبَ الظِّهارِ سقطَ الظِّهارُ لقولِه تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾، وهذا يقتَضِي وجوبَ الكفَّارة، عزمَ على وطئها أو لم يعزِمْ، ولحديثِ أوس[٤].

ولنا: أنَّه تعالى ذكَرَ العودَ بلفظِ التراخِي، وإنَّه ينفِي أن يكونَ الإمساكُ عقيبَ الظِّهارِ عوداً، ونُقلَ عن أئمَّةِ التفسيرِ أنَّ المرادَ به ـ والله أعلمُ ـ: أن يعزِمَ على وَطئها[٥].

---

(١) قوله: «فقد» ليس في (ف) و(ج).

(٢) رواه أبو داود (٢٢٢٣)، والترمذي (١١٩٩)، والنسائي (٣٤٥٧)، وابن ماجه (٢٠٦٥)، والحاكم في «المستدرك» (٢٨١٧)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٥٢٥٩) من حديث ابن عباس رضي الله عنه.

(٣) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (١٠/ ٣٤٧).

(٤) تقدم قريباً حديث أوس.

(٥) انظر: «تفسير الطبري» (٢٣/ ٢٢٩).

(شق): قال أصحابنا: إذا عزمَ على وطئها تجبُ الكفَّارةُ، فإن بدَا له في الوطءِ سقطَتْ عنه، فكأنَّها عندهم لا تجبُ وجوباً مستقراً، وعند الشافعيِّ: وجوبُها مستقرٌّ[1].

وَإِذَا قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ كَبَطْنِ أُمِّي، أَوْ كَفَخِذِهَا، أَوْ كَفَرْجِهَا: فَهُوَ مُظَاهِرٌ، وَكَذَلِكَ إِذَا شَبَّهَهَا بِمَنْ لَا يَحِلُّ لَهُ النَّظَرُ إِلَيهَا عَلَى التَّأْبِيدِ مِنْ مَحَارِمِهِ، مِثْلُ أُخْتِهِ أَوْ عَمَّتِهِ أَوْ أُمِّهِ مِن الرَّضَاعَةِ، أَوْ أُخْتِهِ مِن الرَّضَاعَةِ.

وَكَذَلكَ إِذَا قَالَ: رَأْسُكِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي، أَوْ فَرْجُكِ، أَوْ وَجْهُكِ أَوْ أَوْ رَقَبَتُكِ أَوْ نِصْفُكِ أَوْ ثُلُثُكِ أَوْ عُشْرُكِ: كَانَ مُظَاهِرًا.

وَإِذَا قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ مِثْلُ أُمِّي، أَوْ كَأُمِّي: يُرجَعُ إِلَى نِيَّتِهِ، فَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ بِهِ الْكَرَامَةَ فَهُوَ كَمَا قَالَ، وَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ الظِّهَارَ: فَهُوَ ظِهَارٌ، وَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ الطَّلَاقَ: فَهُوَ طَلَاقٌ بَائِنٌ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ: فَلَيْسَ بِشَيْءٍ.

قال: (**وَإِذَا قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ كَبَطْنِ أُمِّي، أَوْ كَفَخِذِهَا، أَوْ كَفَرْجِهَا: فَهُوَ مُظَاهِرٌ**) لأنَّ الظِّهارَ تشبيهُ المحلَّلةِ بالمحرَّمة، وإنَّه يتحقَّقُ في كلِّ عضوٍ لا يجوزُ النظرُ إليه.

قال: (**وَكَذَلِكَ إِذَا شَبَّهَهَا بِمَنْ لَا يَحِلُّ لَهُ النَّظَرُ إِلَيهَا عَلَى التَّأْبِيدِ مِنْ مَحَارِمِهِ، مِثْلُ أُخْتِهِ أَوْ عَمَّتِهِ أَوْ أُمِّهِ مِن الرَّضَاعَةِ**) لأنَّهن في الحرمةِ المؤبَّدةِ كالأمِّ.

قال: (**وكَذَلكَ إِذَا قَالَ: رَأْسُكِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي، أَوْ فَرْجُكِ، أَوْ وَجْهُكِ، أَوْ رَقَبَتُكِ، أَوْ نِصْفُكِ، أَوْ ثُلُثُكِ**) لأنَّ هذه الأعضاء يعبَّرُ بها عن البدنِ، والحكمُ في الشَّائعِ يثبُتُ، ثمَّ يتعدَّى على ما مرَّ في الطَّلاقِ.

قال: (**وإِذَا قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ مِثْلُ أُمِّي، أَوْ كَأُمِّي: يُرجَعُ إِلَى نِيَّتِهِ، فَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ بِهِ الْكَرَامَةَ فَهُوَ كَمَا قَالَ**) لأنَّ التَّكريمَ بالتشبيهِ شائعٌ في الكلامِ (**وَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ الظِّهَارَ:**

---

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (١٠/ ٤٤٣).

فَهُوَ ظِهَارٌ) لأنَّه تشبيهٌ بالكلِّ، فيتضمَّنُ التَّشبيهَ بالظَّهرِ (**وَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ الطَّلَاقَ: فَهُوَ طَلَاقٌ بَائِنٌ**) لأنَّه تشبيهٌ بالأمِّ في الحرمةِ.

قال: (**فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ: فَلَيْسَ بِشَيْءٍ**) عندَ أبي حنيفَةَ وأبي يوسُفَ؛ لاحتمالِ الحملِ على الكرامَةِ، وقال محمَّدٌ: ظِهارٌ؛ لأنَّ التَّشْبيهَ ببعضِها لمَّا كان ظهاراً بدونِ النيَّةِ، فالتَّشبيهُ بكلِّها أَولى.

وإن عنى التحريمَ لا غيرُ فعند أبي يوسُفَ إيلاءٌ؛ لأنَّه أدنى الحرماتِ، وعندَ محمَّدٍ: ظهارٌ لكافِ التشبيهِ.

ولو قال: أنت عليَّ حرامٌ كأمِّي، ونوى ظِهاراً أو طلاقاً: كانَ ذلك، وإن لم يكُنْ له نيةٌ فعندَ أبي يوسُفَ: إيلاءٌ، وعندَ محمَّدٍ: ظهارٌ لما مرَّ.

ولو قال: أنتِ عليَّ حرامٌ كظهرِ أمِّي، ونوى طلاقاً أو إيلاءً، فهو ظِهارٌ عندَ أبي حنيفةَ، وقالا: هوَ على ما نوَى، لكنْ عندَ أبي يوسُفَ: إذا نوَى طلاقاً: فهو طلاقٌ وظهارٌ، وكذا إذا نوَى إيلاءً.

وَلَا يَكُونُ الظِّهَارُ إِلَّا مِنْ زَوْجَتِهِ، وَإِنْ ظَاهَرَ مِنْ أَمَتِهِ: لَمْ يَكُنْ مُظَاهِرًا، وَمَنْ قَالَ لِنِسَائِهِ: أَنْتُنَّ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي: كَانَ مُظَاهِرًا مِنْ جَمَاعتِهِنَّ، وَعَلَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ كَفَّارَةٌ.

قال: (**وَلَا يَكُونُ الظِّهَارُ إِلَّا مِنْ زَوْجَتِهِ، وَإِنْ ظَاهَرَ مِنْ أَمَتِهِ: لَمْ يَكُنْ مُظَاهِرًا**) لقولِه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣]، خصَّه بالزَّوجاتِ، ولأنَّ الظهارَ نُقلَ عن الطلاقِ، ولا طلاقَ في الأمَةِ، ولو تزوَّجَها بغيرِ إذنِها ثم ظاهَرَ منها ثمَّ أجازَتْ، فالظِّهارُ باطلٌ؛ لأنَّه صادقٌ في التشبيهِ.

قال: (**وَمَنْ قَالَ لِنِسَائِهِ: أَنْتُنَّ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي: كَانَ مُظَاهِرًا مِنْ جَمَاعتِهِنَّ، وَعَلَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ كَفَّارَةٌ**) لأنَّه أضافَ الظِّهارَ إليهنَّ، فثبتَتِ الحرمةُ في كلِّ واحدةٍ كالطلاقِ،

والكفَّارةُ لإنهاءِ الحُرمةِ، فتتعدَّدُ بتعدُّدِها، بخلافِ الإيلاءِ منهنَّ؛ لأنَّ الكفَّارةَ فيه لصيانةِ حرمَةِ اسمِ الله تعالى، ولم يتعدَّدْ ذِكرُه.

وَكَفَّارَةُ الظِّهَارِ: عِتْقُ رَقَبَةٍ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ: صَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ، فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ: فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا، كُلُّ ذَلِكَ قَبْلَ المَسِيسِ.

وَيُجْزِئُ فِي الْعِتْقِ: الرَّقَبَةُ الْمُسْلِمَةُ وَالْكَافِرَةُ، وَالذَّكَرُ وَالْأُنْثَى، وَالصَّغِيرُ وَالْكَبِيرُ وَلَا تُجْزِئُ الْعَمْيَاءُ، وَلَا مَقْطُوعَةُ الْيَدَيْنِ أَوْ الرِّجْلَيْنِ، وَيَجُوزُ الأَصَمُّ، ومَقْطُوعُ إِحْدَى الْيَدَيْنِ والرِّجْلَيْنِ مِنْ خِلَافٍ، وَلَا يَجُوزُ مَقْطُوعُ إِبْهَامِ الْيَدَينِ وَلَا يَجُوزُ المَجْنُونُ الَّذِي لَا يَعْقِلُ، وَلَا يُجزِئُ عِتْقُ الْمُدبَّرِ، وَأُمُّ الوَلَدِ، وَلَا المُكَاتَبُ الَّذِي أَدَّى بَعْضَ المَالِ، فَإِنْ أَعْتَقَ مُكَاتَبًا لَمْ يُؤَدِّ شَيْئًا: جَازَ، وَإِنْ اشْتَرَى أَبَاهُ أَوْ ابْنَهُ يَنْوِي بِالشِّرَاءِ الْكَفَّارَةَ: جَازَ عنهَا.

قال: (**وَكَفَّارَةُ الظِّهَارِ: عِتْقُ رَقَبَةٍ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ: صَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ، فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ: فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا**) لأنَّ آيةَ الظِّهارِ تفيدُ الكفَّارةَ على هذا التَّرتيبِ.

قال: (**كُلُّ ذَلِكَ قَبْلَ المَسِيسِ**) وقال مالك[1]: من كفارته بالإطعام جاز له أن يطأها قبل التكفير[2]، أمَّا في الإعتاقِ والصِّيامِ فللنَّصِّ، وأمَّا في الإطعامِ فلأنَّه منهيَّه للحُرمةِ، فلا يثبُتُ الحِلُّ قبلَه.

قال: (**وَيُجْزِئُ فِي العِتْقِ الرَّقَبَةُ المُسْلِمَةُ والكَافِرَةُ، والذَّكَرُ والأُنْثَى، والصَّغِيرُ والكَبِيرُ**) وقال الشافعيُّ[3]: الإسلامُ شرطٌ؛ لأنَّ الكفارةَ حقُّ الله تعالى، فلا يجوزُ صرفُه إلى عدوِّه كالزَّكاةِ، ولنا: إطلاقُ النَّصِّ، فيتناولُ الكلَّ.

---

(١) في «المدونة» (٢/ ٣٣١): من وطئ امرأته وقد ظاهر منها وقد كان صام بعض الصيام قبل أن يطأ أو تصدق بجل الصدقة قبل أن يطأ، ثم وطئ فقال مالك: يبتدئ الصيام والطعام.

(٢) «وقال مالك: من كفارته بالإطعام جاز له أن يطأها قبل التكفير»: زيادة من (ص).

(٣) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (١٠/ ٣٦٣).

قال: (وَلَا تُجْزِئُ العَمْيَاءُ، وَلَا مَقْطُوعَةُ[١] اليَدَيْنِ أَوْ الرِّجلَيْنِ) لفواتِ جنس منفعةِ البصرِ والبطشِ والمشيِ، وفواتُ الجنسِ قائمٌ مَقامَ النفسِ في الدِّيات، فكانَ فاحشاً، فكانَ مانعاً.

قال: (وَيَجُوزُ الأَصَمُّ) والقياسُ أن لا يجوزَ كما ذكر في «النوادر»، وفي الاستحسان: يجوزُ؛ لأنَّ أصلَ المنفعةِ باقٍ لأنه يسمعُ بالصياح.

(هـ)[٢]: حتى لو كان بحالٍ لا يسمَعُ أصلاً، بأن وُلِدَ أصمَّ، وهو الأخرسُ: لا يجوزُ.

قال: (وَمَقْطُوعُ إِحْدَى اليَدَيْنِ والرِّجْلَيْنِ مِنْ خِلَافٍ) لعدمِ فواتِ الجنسِ، حتى لو كانَ قطعُهما[٣] من جانبٍ واحدٍ لم يجُزْ لفواتِ الجنسَين[٤].

قال: (وَلَا يَجُوزُ مَقْطُوعُ إِبْهَامِ اليَدَيْنِ) لأنَّ قوةَ البطشِ بهما، فبفَواتِهما يفوتُ البطشُ.

قال: (وَلَا يَجُوزُ المَجْنُونُ الَّذِي لَا يَعْقِلُ) لأنَّه فائتُ المنافعِ.

(هـ)[٥]: والذي يُجنُّ ويُفيقُ يُجزئُه؛ لأنَّ الاختلالَ غيرُ مانعٍ.

قال: (وَلَا يُجزِئُ عِتْقُ المُدَبَّرِ، وَأُمِّ الوَلَدِ) لأنَّهما استحقَّا الحرِّيةَ بجهةٍ أخرى، فكان الرقُّ فيهما ناقصاً.

قال: (ولا المُكَاتَبُ الَّذِي أَدَّى بَعْضَ المَالِ) لأنَّ إعتاقَه يكونُ ببدلٍ، وعن أبي

---

(١) في (ف) و(ج): «المقطوعة».

(٢) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٢/ ٢٦٧).

(٣) في (ش): «قطعها».

(٤) قوله: «حتى لو كان قطعهما... الجنسين» ليس في (ف).

(٥) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٢/ ٢٦٧).

حنيفَةَ أنَّه يُجزئُه لقيامِ الرقِّ من كلِّ وجهٍ، ولهذا يقبَلُ الانفساخَ، بخلافِ أُمومِيّة الولدِ والتدبيرِ، فإنهما لا يقبَلانِه.

قال: (**فَإِنْ أَعْتَقَ مُكَاتَبًا لَمْ يُؤَدِّ شَيْئًا: جَازَ**) خلافاً للشّافعيِّ[1] كالمدبَّر، ولنا قولُه عليه السَّلام: «المكاتَبُ عبدٌ ما بقيَ عليه درهمٌ»[2]، والكتابةُ لا تُنافيه فإنه فَكُّ الحَجرِ فشابَهَ المأذونَ، لكنَّه متى أدَّى شيئاً منه يكونُ إعتاقاً بعوضٍ، فلا يُجزئُه.

قال: (**وإِنْ اشْتَرَى أَبَاهُ أَوْ ابْنَهُ يَنْوِي بِالشِّرَاءِ الكَفَّارَةَ: جَازَ عنهَا**[3]) وقال زُفرُ والشافعيُّ[4]: لا يجوزُ؛ لأنَّ العتقَ مستحَقٌّ بجهةِ القرابةِ، كالمعلَّقِ عَتقُه بالشراءِ، ولنا قولُه عليه السَّلام: «لن يَجزيَ ولدٌ والدَه إلا أن يجِدَه مملوكاً فيشتريَه فيُعتقَه»[5] سمَّاه معتِقاً، فدلَّ على حصولِ العتقِ من جهتِه.

---

(١) انظر: «بحر المذهب» (١٠/ ٢٧٣).

(٢) رواه أبو داود (٣٩٢٦)، والترمذي (١٢٦٠)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٥٠٠٧)، وابن ماجه (٢٥١٩)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤٧١٢)، والطبراني في «مسند الشاميين» (١٣٨٦)، والبيهقي في «معرفة السنن والآثار» (٢٠٦٩٠) من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده رضي الله عنه.

وجاء عند بعضهم بلفظ: «من كاتب عبده على مائة أوقية فأداه إلا عشر أواق ـ أو قال: عشرة دراهم ـ ثم عجز فهو رقيق».

(٣) في (ص): «عندنا».

(٤) انظر: «روضة الطالبين» (٣/ ٤٠٥).

(٥) رواه مسلم (١٥١٠)، وأبو داود (٥١٣٧)، والترمذي (١٩٠٦)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٤٨٩٦)، وابن حبان في «صحيحه» (٤٢٤)، وأحمد في «مسنده» (٧١٤٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

وَإِنْ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدٍ مُشْتَرَكٍ عَنِ الكَفَّارَةِ وَضَمِنَ قِيمَةَ بَاقِيهِ، فَأَعْتَقَهُ: لَمْ يُجْزِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَإِنْ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدِهِ عَنْ كَفَّارَتِهِ، ثُمَّ أَعْتَقَ بَاقِيَهُ عَنْهَا: جَازَ، فَإِنْ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدِهِ عَنْ كَفَّارَتِهِ، ثُمَّ جَامَعَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا، ثُمَّ أَعْتَقَ بَاقِيَهُ: لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

فَإِنْ لَمْ يَجِدِ الْمُظَاهِرُ مَا يَعْتِقُ: فَكَفَّارَتُهُ صَوْمُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ، لَيْسَ فِيهِمَا شَهْرُ رَمَضَانَ، وَلَا يَوْمُ الْفِطْرِ، وَلَا يَوْمُ النَّحْرِ، وَلَا أَيَّامُ التَّشْرِيقِ.

فَإِنْ جَامَعَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا فِي خِلَالِ الشَّهْرَيْنِ لَيْلًا عَامِدًا، أَوْ نَهَارًا نَاسِيًا: اسْتَأْنَفَ الصَّوْمَ عِنْدَهُمَا.

وَإِنْ أَفْطَرَ فِي يَوْمٍ مِنْهَا لِعُذْرٍ، أَوْ لِغَيْرِ عُذْرٍ: اسْتَأْنَفَ.

وَإِنْ أَفْطَرَ فِي يَوْمٍ مِنْهَا لِعُذْرٍ، أَوْ لِغَيْرِ عُذْرٍ: اسْتَأْنَفَ.

وَإِذَا ظَاهَرَ الْعَبْدُ: لَمْ يُجْزِهِ فِي الْكَفَّارَةِ إِلَّا الصَّوْمُ، فَإِنْ أَعْتَقَ الْمَوْلَى عَنْهُ، أَوْ أَطْعَمَ عَنْهُ: لَمْ يُجْزِهِ.

فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعِ الْمُظَاهِرُ الصِّيَامَ: أَطْعَمَ سِتِّينَ مِسْكِينًا كُلَّ مِسْكِينٍ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ، أَوْ صَاعًا مِنْ تَمْرٍ، أَوْ شَعِيرٍ، أَوْ قِيمَةَ ذَلِكَ، فَإِنْ غَدَّاهُمْ وَعَشَّاهُمْ: جَازَ، قَلِيلًا مَا أَكَلُوا أَوْ كَثِيرًا.

وَإِنْ أَعطَى مِسْكِينًا وَاحِدًا سِتِّينَ يَوْمًا: أَجْزَأَهُ، وَإِنْ أَعْطَاهُ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ: لَمْ يُجْزِهِ إِلَّا عَنْ يَوْمِهِ.

وَإِنْ قَرِبَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا فِي خِلَالِ الْإِطْعَامِ: لَمْ يَسْتَأْنِفْ.

قال: (وَإِنْ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدٍ مُشْتَرَكٍ عَنِ الكَفَّارَةِ وَضَمِنَ قِيمَةَ[1] بَاقِيهِ، فَأَعْتَقَهُ: لَمْ يُجْزِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وعندهما: يُجزئُه إذا كانَ موسِراً؛ لأنَّه يتملَّكُ نصيبَ شريكِه

(١) في (ش): «قيمتها».

بالضَّمانِ، فيصيرُ معتِقاً كلَّه عن الكفَّارة، وهو مِلكُه، فيُجزئُه بخلافِ المعسِر؛ لأنَّه لمَّا وجبَتِ السِّعايةُ في نصيبِ شريكِه، فيكون إعتاقاً بعِوضٍ: فلا يُجزئُه، ولأبي حنيفةَ: أنَّ نصيبَ صاحبِه ينتقِصُ على مِلكِه لفسَادِ المِلكِ فيه، ثم يتَحوَّلُ إليه بالضمانِ ناقصاً، وإعتاقُ الناقصِ لا يُجزئُه، بخلافِ ما إذا أعتَقَ نصفَ عبدِه عنها، ثم أعتقَ باقيَه: جازَ عنها؛ لأنَّ نقصانَ النصفِ الثاني حصلَ في ملكِ المعتِقِ، فكانَ واقعاً عن الإعتاقِ الواجبِ، كمَن أضجعَ شاتَه للتَّضحيةِ، فأصابَ السِّكينُ عينَها فاعورَّتْ: يُجزئُه، وفي الأوَّل حصلَ في مِلكِ الشريك، فلم يقَعْ عن كفارتِه، أمَّا عندهما: فالإعتاقُ لا يتجزَّأ، فكان إعتاقُ بعضِه إعتاقَ كلِّه.

قال: (وَإِنْ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدِهِ عَنْ كَفَّارَتِهِ، ثُمَّ أَعْتَقَ بَاقِيَهُ عَنْهَا: جَازَ) لما مرَّ.

قال: **(فَإِنْ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدِهِ عَنْ كَفَّارَتِهِ، ثُمَّ جَامَعَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا، ثُمَّ أَعْتَقَ بَاقِيَهُ: لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ)** لأنَّ الإعتاقَ يتجزأُ عنده، وشرطُ الإعتاقِ أن يكونَ قبلَ المسيسِ[1] بالنصِّ، ولم يقَعْ قبلَه، وعندَهما: إعتاقُ النصفِ إعتاقُ الكلِّ، فحصَلَ[2] الكلُّ قبلَ المسيسِ.

قال: (فإِنْ لَمْ يَجِد المُظَاهِرُ مَا يَعْتِقُ فَكَفَّارَتُهُ صَوْمُ شَهْرَينِ مُتَتَابِعَيْنِ، لَيْسَ فِيهِمَا شَهْرُ رَمَضَانَ، وَلَا يَوْمُ الفِطْرِ، وَلَا يَوْمُ النَّحْرِ، وَلَا أَيَّامُ التَّشْرِيقِ) أمَّا التتابعُ فلصريحِ النصِّ، وأمَّا شهرُ رمضانَ فلأنَّه يقعُ عن الفرضِ، فلا ينوبُ عن الكفارة، والصومُ في هذه الأيام منهيٌّ عنه فكان ناقصاً، فلا ينوبُ عن الواجبِ الكاملِ.

قال: (فَإِنْ جَامَعَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا فِي خِلَالِ الشَّهرَينِ لَيْلًا عَامِدًا، أَوْ نَهَارًا نَاسِيًا: اسْتَأْنَفَ الصَّوْمَ عندَ أبي حنيفَةَ ومحمَّد) لما مرَّ، وقال أبو يوسُفَ: لا يستأنِفُ لأنَّه لا

---

(١) في (ش): «المساس».

(٢) في (ج): «فحصول».

يفسِدُ الصومَ، فلا يمنعُ التتابعَ، ولهما: أنَّ النصَّ يقتضِي خُلوَّ الصومِ عن الجماعِ فيه، وذلك في المستأنَفِ.

قال: (وَإِنْ أَفْطَرَ فِي يَوْمٍ[1] منْهَا لِعُذْرٍ، أَوْ لغَيْرِ عُذْرٍ: اسْتَأْنَفَ) لِفَوَاتِ التَّتابُعِ.

قال: (وَإِذَا ظَاهَرَ العَبْدُ: لَمْ يُجْزِهِ فِي الكَفَّارَةِ إِلَّا الصَّوْمُ[2]، فَإِنْ أَعْتَقَ الْمَوْلَى عَنْهُ، أَوْ أَطْعَمَ عَنْهُ: لَمْ يُجْزِهِ) لأن العبدَ لا يملِكُ وإن مُلِّكَ، فصارَ كالفقيرِ الذي لا يملِكُ شيئاً.

قال: (فإِنْ لَمْ يَسْتَطِعِ الْمُظَاهِرُ الصِّيَامَ: أَطْعَمَ سِتِّينَ مِسْكِينًا كُلَّ مِسْكِيْنٍ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ، أَوْ صَاعًا مِنْ تَمْرٍ، أَوْ شَعِيرٍ، أَوْ قِيمَةَ ذَلِكَ) لقولِه تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة: ٤]، وأمَّا نصفُ الصاعِ فلأنَّه يندفعُ به حاجةُ اليومِ فيُقدَّرُ به كصَدقةِ الفطرِ من الآثارِ المشهورةِ، وأمَّا جوازُ أداءِ القيمةِ فمذهبُنا على ما مرَّ في كتابِ الزكاةِ.

(هـ)[3]: فإنْ أطعمَ مَنًّا من بُرٍّ ومنوَينِ من تمرٍ: جازَ لحصولِ المقصودِ، وإن أمَرَ غيرَه أن يُطعمَ عنه من ظِهارِه ففعلَ: أجزأهُ؛ لأنَّه استقراضٌ معنًى، والفقيرُ قابضٌ له أولاً، ثمَّ لنفسِه، فيتَحقَّقُ تملُّكُه ثمَّ تمليكُه.

قال: (فَإِنْ غَدَّاهُمْ وَعَشَّاهُمْ: جَازَ، قَلِيلًا مَا[4] أَكَلُوا أَوْ كَثِيرًا) لوجودِ حقيقةِ إطعامِهم، وإنَّه حُجَّةٌ على الشافعيِّ في اشتراطِ التَّمليكِ[5]، كما في الزكاةِ وصدقةِ الفِطرِ، وإنا نقولُ:

---

(١) في (ج): «أفطر يوماً».

(٢) في (ش) زيادة: «لأنَّه لا يحرز الإعتاق ولا الإطعام، قال: «فإن أعتق مولاه أو أطعم عنه لم يجز» لقوله عليه السَّلام: «لا يملك العبد ولا يملكه مولاه ولا يسري العبد ولا يسريه مولاه» أفاد الحديث: أن العبد لا تحل له امرأة قط إلا بالنكاح».

(٣) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٢/ ٢٦٨).

(٤) في (ف) زيادة: «كان ما».

(٥) انظر: «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (١٥/ ٢٢).

المأمورُ فيهما الإيتاءُ والتَّمليكُ، ولا كذلك هاهنا؛ لأنَّ المأمورَ هو الإطعامُ، وهو التَّمكِينُ من الطعمِ[(١)] وقد وُجدَ.

والإدامُ شرطٌ في خبزِ الشعيرِ دونَ خبزِ الحنطةِ، ولو كانَ فيهم صبيٌّ فطيمٌ: لا يجزئُه في الكفَّارةِ.

قال: (وَإِنْ أعطَى مِسْكِينًا وَاحِدًا سِتِّينَ يَوْمًا: أَجْزَأَهُ، وَإِنْ أَعْطَاهُ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ لَمْ يُجْزِهِ إِلَّا عَنْ يَوْمِهِ) لأنَّ المقصودَ منها سدُّ ذِلَّةِ[(٢)] المحتاجِ، والحاجةُ تتجدَّدُ في كلِّ يومٍ، فالدفعُ إليه في اليومِ الثاني كالدفعِ إلى غيرِه، وهذا في الإباحةِ بلا خلافٍ، وأما التمليكُ من مسكينٍ واحدٍ[(٣)] في يومٍ واحدٍ بدَفَعاتٍ فقد قيل: لا يُجزئُه، وقيل: تُجزئُه؛ لأنَّ الحاجةَ إلى التمليكِ تتجدَّدُ في يومٍ واحدٍ، بخلاف ما إذا دفعَها بدفعةٍ واحدةٍ؛ لأنَّ التفريقَ واجبٌ بالنص.

قال: (وَإِنْ قَرِبَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا فِي خِلَالِ الإِطْعَامِ: لَمْ يَسْتَأْنِفْ) لأنَّه تعالى لم يشرِطْ[(٤)] في الإطعامِ تقدُّمَه على المسيسِ[(٥)].

ولو أطعمَ عن ظهارَين ستينَ مسكيناً، كلَّ واحد منهم صاعاً، لم يُجزِه إلا عن أحدِهما، وقال محمدٌ: يُجزئُه عنهما؛ لأنَّ بالمؤدَّى وفاءً بهما والمصرِفَ محلٌّ لهما، فيُجزئُه كما لو اختلف السببُ، ولهما: أنَّ النيةَ في الجنسِ الواحدِ لغوٌ دونَ الجنسَين، والمؤدَّى يصلُحُ كفَّارةً واحدةً؛ لأنَّ ذِكرَ نصفِ الصاعِ يمنعُ النقصانَ دونَ الزيادةِ، فيقعُ عن واحدةٍ، كما لو نوى أصلَ الكفَّارةِ.

---

(١) في (ص) و(ش): «الطعام».

(٢) في (ج): «خلة».

(٣) في (ش): «للمسكين الواحد».

(٤) في (ص) و(ف): «يشترط».

(٥) في (ش): «المساس».

وَمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ كَفَّارَتَا ظِهَارٍ، فَأَعْتَقَ رَقَبَتَيْنِ لَا يَنْوِي إِحْدَاهُمَا بِعَيْنِهَا: جَازَ عَنْهُمَا، وإِنْ صَامَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، أَوْ أَطْعَمَ مِائَةً وَعِشْرِينَ مِسْكِينًا: جَازَ، وَإِنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً وَاحِدَةً وَصَامَ شَهْرَيْنِ: جَازَ أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ عَنْ أَيِّهِمَا شَاءَ.

قال: (**وَمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ كَفَّارَتَا ظِهَارٍ، فَأَعْتَقَ رَقَبَتَيْنِ لَا يَنْوِي إِحْدَاهُمَا**[1] **بِعَيْنِهَا: جَازَ عَنْهُمَا، وإِنْ صَامَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، أَوْ أَطْعَمَ مِائَةً وَعِشْرِينَ مِسْكِينًا: جَازَ**) لأنَّ الجنسَ متَّحدٌ، فلا حاجةَ إلى نيَّة التعيينِ.

قال: (**وَإِنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً وَاحِدَةً وَصَامَ شَهْرَيْنِ: جَازَ أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ عَنْ أَيِّهِمَا شَاءَ**) وإن أعتَقَ عن ظِهارٍ وقتلٍ: لم يُجزِه، وقال الشافعيُّ[2]: له أن يجعَلَ عن أيتِهما شاءَ في الفصلَينِ كالمتحِدِ، وقال زُفرُ: لا يُجزئُه فيهما كالمختلِفِ، ولنا: أنَّ النيَّةَ في المتَّحِدِ لغوٌ؛ لأنَّه لا يُفيدُ، وفي المختلِفِ لازمٌ؛ لأنَّه مفيدٌ، ألا ترى أنَّه إذا كانَ عليه قضاءُ يومَين من رمضانَ، فقضى يوماً عنه: يُجزئُه عن أحدِهما، ولو كانَ عليه قضاءُ يومَين أحدُهما من رمضانَ والآخَرُ من النذرِ، فلا بدَّ من نيَّةِ التَّعيين.

***

(١) في (ف): «أحدهما»، وفي (ج): «لا ينوي عن إحداهما».

(٢) انظر: «الحاوي الكبير» (١٠/ ٤٨٧).

بابُ[1] اللِّعَانِ

الأصلُ في ثبوتِ اللِّعانِ حديثُ ابن مسعودٍ رضي الله عنه أنه قال: كنَّا جلوساً في المسجد ليلةَ الجمُعةِ، فجاء رجلٌ من الأنصارِ، فقال: يا رسولَ الله؛ أرأيتمُ الرجلَ يجِدُ معَ امرأتِه رجلاً، فإن قتَلَ قتلتُموه، وإنْ تكلَّمَ جلدتُموه، وإنْ سكتَ سكتَ على غيظٍ فقال عليه السلامُ: «اللَّهمَّ افتحْ» فنزلَتْ آيةُ اللِّعانِ[2]، فنُقلَ حُكمُ حدِّ القذفِ من الجَلدِ إلى اللعانِ.

إِذَا قَذَفَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ بِالزِّنَا، وَهُمَا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ، وَالْمَرْأَةُ مِمَّنْ يُحَدُّ قَاذِفُهَا، أَوْ نَفَى نَسَبَ وَلَدِهَا، فَطَالَبَتْهُ بِمُوجِبِ الْقَذْفِ: فَعَلَيْهِ اللِّعَانُ.

فَإِنِ امْتَنَعَ مِنْهُ: حَبَسَهُ الْحَاكِمُ حَتَّى يُلَاعِنَ، أَوْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ: فَيُحَدَّ، فَإِنْ لَاعَنَ: وَجَبَ عَلَيْهَا اللِّعَانُ، فَإِنِ امْتَنَعَتْ: حَبَسَهَا الْحَاكِمُ حَتَّى تُلَاعِنَ، أَوْ تُصَدِّقَهُ.

فإِنْ كَانَ الزَّوْجُ عَبْدًا أَوْ كَافِرًا أَوْ مَحْدُودًا فِي قَذْفٍ، فَقَذَفَ امْرَأَتَهُ: فَعَلَيْهِ الْحَدُّ.

وَإِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ، وَهِيَ أَمَةٌ أَوْ كَافِرَةٌ أَوْ مَحْدُودَةٌ فِي قَذْفٍ، أَوْ كَانَتْ مِمَّنْ لَا يُحَدُّ قَاذِفُهَا: فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ فِي قَذْفِهَا، وَلَا لِعَانَ.

قال: (**إِذَا قَذَفَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ بِالزِّنَا، وَهُمَا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ، وَالْمَرْأَةُ مِمَّنْ يُحَدُّ قَاذِفُهَا، أَوْ نَفَى نَسَبَ وَلَدِهَا فَطَالَبَتْهُ بِمُوجِبِ الْقَذْفِ: فَعَلَيْهِ اللِّعَانُ**) والأصلُ فيه عندنا: أنَّ اللعانَ شهاداتٌ مؤكَّداتٌ بالأيمانِ، مقرُونةٌ باللعنِ أو الغضبِ، قائمةٌ مَقامَ حدِّ القذفِ في حقِّه، ومَقامَ حدِّ الزنا في حقِها؛ لقولِه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ

(١) في (ص): «كتاب».

(٢) رواه مسلم (١٤٩٥)، وأبو داود (٢٢٥٣)، وابن حبان في «صحيحه» (٤٣١٦).

﴿شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾ [النور: ٦]، والاستثناءُ لا يكونُ إلا من الجنسِ، ثمَّ قال: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ﴾ [النور: ٦] نصَّ على الشَّهادةِ[١] واليمينِ، فلهذا قلنا: الركنُ هو الشهادةُ المؤكَّدةُ باليمين، ثمَّ قرَنَ الرُّكنَ في جانبِه باللعنِ لو كان كاذباً، وهو قائمٌ مَقامَ حدِّ القذفِ، وفي جانبِها بالغضَبِ، وهو قائمٌ مقامَ حدِّ الزنا، إذا ثبتَ هذا فنقول: لا بدَّ من أن يكونا من أهلِ الشهادةِ؛ لأنَّ الركنَ فيه الشهادةُ، ولا بدَّ أن تكونَ هي ممن يُحدُّ قاذفُها حتى يجب بقذفِها ما يقومُ مَقامَه، وإنما يجبُ اللعانُ بنفيِ الولدِ؛ لأنَّه لمَّا نفى ولَدَها صار قاذفاً لها فإن قيل: لا يلزمُ من نفيِ الولد الزِّنا لجوازِ أن يحصُلَ بالوَطءِ عن شبْهةٍ، قيل له: الأصلُ في النسب الصَّحيحُ لا الفاسدُ الملحَقُ به، فنفيُه عن الفراشِ الصحيحِ قذفٌ حتى يظهَرَ الملحَقُ به.

قال: (**فَإِن امْتَنَعَ منهُ: حَبَسَهُ الحَاكِمُ حَتَّى يُلَاعِنَ، أَوْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ: فَيُحَدَّ**) وقال الشافعيُّ: إذا امتنعَ يُحدُّ حدَّ القذفِ؛ لأنَّ موجبَ القذفِ الحدُّ عندَه[٢]، وله: أن يُسقِطَه باللعانِ، فإذا امتنعَ ثبتَ[٣] موجَبُه الأصليُّ، وعندنا: موجَبُه اللعانُ، فإذا امتنَعَ امتنَعَ عن حقٍّ مستحَقٍّ عليه معَ القدرةِ على إيفائِه، فيُحبَسُ به كالديون حتى يوفِّيَه أو يكذِّبَ نفسَه فيُحدَّ.

قال: (**فَإِنْ لَاعَنَ: وَجَبَ عَلَيْهَا اللِّعَانُ، فَإِن امْتَنَعَتْ: حَبَسَهَا الحَاكِمُ حَتَّى تُلَاعِنَ، أَوْ تُصَدِّقَهُ**) لأنَّه حقٌّ مستحَقٌّ عليها، وهي تقدِرُ على إيفائِه، فتُحبسُ فيه.

قلتُ: وذكر الصدرُ الشهيدُ في «الوسيط» أنَّها إذا امتنعَتْ تُحدُّ حدَّ الزنا،

---

(١) في (ف) هنا والموضع التالي: «الشهادات».

(٢) انظر: «مختصر المزني» (٨/ ٣١٦).

(٣) في (ج): «عاد».

وليسَ هذا مذهبَنا، بل هو مذهبُ الشافعيِّ، وإنما تُحبسُ عندنا حتى تصدِّقَه، هكذا[١] ذكره الكَرخيُّ في «مختصره»، والقُدوريُّ في «شرحه»، والحاكمُ الشهيدُ في «الكافي»، ثم إذا صدَّقته لا تُحدُّ أيضاً؛ لأنَّ الإقرارَ مرةً لا يكفي لوجوبِ حدِّ الزنى.

قال: (**فإنْ كَانَ الزَّوْجُ عَبْدًا أَوْ كَافِرًا أَوْ مَحْدُودًا فِي قَذْفٍ، فَقَذَفَ امْرَأَتَهُ: فَعَلَيْهِ الْحَدُّ**) لأنه ليس من أهل الشهادةِ، فامتنعَ لعانُه، فيُحدُّ كما لو أكذبَ[٢] نفسَه.

قال: (**وَإِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ، وَهِيَ أَمَةٌ أَوْ كَافِرَةٌ أَوْ مَحْدُودَةٌ فِي قَذْفٍ، أَوْ كَانَتْ مِمَّنْ لَا يُحَدُّ قَاذِفُهَا: فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ فِي قَذْفِهَا، وَلَا لِعَانَ**) لانعدامِ أهليَّةِ الشهادةِ وعدمِ الإحصانِ في جانبِها، وامتناعُ اللعانِ لمعنًى من جهتِها يسقُطُ عنه، كما إذا صدَّقته، والأصلُ فيه قولُه عليه السَّلام: «أربعةٌ لا لعانَ بينهم وبينَ أزواجِهم: اليهوديةُ، والنصرانيةُ تحت المسلمِ[٣]، والمملوكةُ تحت الحرِّ، والحرةُ تحت المملوكِ»[٤].

(هـ)[٥]: ومَن لا يُحدُّ قاذفُها كالصَّبيةِ والمجنونةِ والزانيةِ.

---

(١) في (ف): «كذا».

(٢) في (ص): «كذب».

(٣) في (ج): «مسلم».

(٤) رواه ابن ماجه (٢٠٧١)، والدارقطني في «سننه» (٤/ ٢٠٨)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٦٥٠) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنه. وفيه ضعف. انظر: «نصب الراية» (٣/ ٢٤٨).

(٥) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٢/ ٢٧٠).

وَصِفَةُ اللِّعَانِ: أَنْ يَبْتَدِئَ الْقَاضِي بِالزَّوْجِ، فَيَشْهَدَ أَرْبَعَ مرَّاتٍ يَقُولُ فِي كُلِّ مَرَّةٍ: أَشْهَدُ بِاللَّهِ أَنِّي لِمَنْ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُهَا بِهِ مِنْ الزِّنَا، ثُمَّ يَقُولُ فِي الْخَامِسَةِ: لَعْنَةُ اللهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَاهَا بِهِ مِنَ الزِّنَا، وَيُشِيرُ إِلَيْهَا فِي جَمِيعِ ذَلِكَ.

ثُمَّ تَشْهَدُ الْمَرْأَةُ أَرْبَعَ مرَّاتٍ تَقُولُ فِي كُلِّ مَرَّةٍ: أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِنَّهُ لِمَنْ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِن الزِّنَا، وَتَقُولُ فِي الْخَامِسَةِ: أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزِّنَا.

فَإِذَا الْتَعْنَا: فَرَّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا وَكَانَت الْفُرْقَةُ تَطْلِيقَةً بَائِنَةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: تَحْرِيمًا مُؤَبَّدًا.

وَإِنْ كَانَ القَذْفُ بِوَلَدٍ: نَفَى القَاضِي نَسَبَهُ، وَأَلْحَقَهُ بِأُمِّهِ فَإِنْ عَادَ الزَّوْجُ فَأَكْذَبَ نَفْسَهُ: حَدَّهُ القاضِي، وَحَلَّ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا، وَكَذَلِكَ إِنْ قَذَفَ غَيْرَهَا: فَحُدَّ، أَوْ زَنَتْ: فَحُدَّتْ.

قال: (وَصِفَةُ اللِّعَانِ: أَنْ يَبْتَدِئَ القَاضِي بِالزَّوْجِ، فَيَشْهَدَ أَرْبَعَ مرَّاتٍ يَقُولُ فِي كُلِّ مَرَّةٍ: أَشْهَدُ بِاللَّهِ أَنِّي لِمَنْ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُهَا بِهِ مِنْ الزِّنَا، ثُمَّ يَقُولُ فِي الْخَامِسَةِ: لَعْنَةُ اللهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَاهَا بِهِ مِنَ الزِّنَا، وَيُشِيرُ إِلَيْهَا فِي جَمِيعِ ذَلِكَ، ثُمَّ تَشْهَدُ الْمَرْأَةُ أَرْبَعَ مرَّاتٍ تَقُولُ فِي كُلِّ مَرَّةٍ: أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِنَّهُ لِمَنْ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِن الزِّنَا، وَتَقُولُ فِي الخَامِسَةِ: أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزِّنَا) لِما تلَونا من النصِّ.

(هـ)[١]: وروى الحسنُ عن أبي حنيفةَ أنَّه يأتي بلفظِ المواجهةِ يقولُ: فيما رميتُكِ به من الزنا؛ لأنَّه أقطعُ للاحتمالِ.

---

(١) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٢/ ٢٧١).

قال: (فَإِذَا الْتَعْنَا: فَرَّقَ الحَاكِمُ[١] بَيْنَهُمَا) وقال زُفرُ: تثبُتُ الفُرقةُ بتلاعُنِهما، وقال الشافعيُّ[٢]: تثبتُ بالفراغِ من لعانِ الزوجِّ؛ لقولِه عليه السَّلام: «المتلَاعِنانِ لا يجتَمِعانِ أبداً»[٣]، ولنا: أنَّ نزولَ اللَّعنِ أو الغضَبِ أوجبَ حُرمةَ الاستمتاعِ مجازاةً على الكذبِ، ففات الإمساكُ بالمعروفِ: فلزِمَه[٤] التسريحُ بالإحسانِ، فإذا امتنعَ نابَ القاضِي مَنابَه دفعاً للظُّلمِ، دلَّ عليه ما روى أبو داود: «أنَّ النبيَّ عليه السَّلام لمَّا لاعَنَ بين عويمر العَجْلانيِّ وبين امرأتِه قال له الصحابة: فارِقْها قبل أن يأمُرَ النبيُّ عليه السَّلام بفِراقِه، قال كذَبتُ عليها إن أمسكتُها، فهي طالقٌ ثلاثاً فنفَّذَ عليه السَّلام طلاقَه»[٥]، فقولُ الصحابةِ بالمفارقةِ وتطليقُه إياها بعدَ التلاعُنِ، وتنفيذُ النبيِّ عليه السَّلام كلُّها تنفي الفُرقةَ بلعانِ الزوجِ وبالتلاعُنِ أيضاً.

(شـط ك): ولـو بُـدئَ بلِعـانِ المـرأة يُعيـدُ اللعـانَ عليهـا ليوافـقَ المشـروعَ، فـإن فُـرِّقَ قبـلَ الإعادةِ: صـحَّ؛ لأنَّ التفريقَ بعـد لعانِ الـزوجِ يصِحُّ للاختلافِ، فهـذا أَولى، وكـذا لـو فُرِّقَ بعـد وجودِ أكثرِ اللعانِ، ولو مـات القاضِي قبـل التفريقِ أو عُـزِلَ، لعله: يسـتقبِلُ الثانـي اللعـانَ؛ لأنَّـه شـهادةٌ، فصارَ كمـا لو شـهدَ عنـدَ الأولِ يستقبِلُ الثاني، خلافـاً لمحمد؛ لأنَّـه يمينٌ.

---

(١) في (ف) و(ج): «القاضي».

(٢) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (١٠/ ٤٦٦ ـ ٤٦٧).

(٣) رواه أبـو داود (٢٢٥٠)، والدراقطني فـي «سننه» (٣٧٠٤) من حديث سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه. ورواه الدراقطني في «سننه» (٣٧٠٦) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، قال ابن حجر في «الدراية» (٢/ ٧٦): إسناده لا بأس به.

(٤) في (ج): «فلزم».

(٥) رواه أبو داود (٢٢٤٥)، وأحمد في «مسنده» (٢٢٨٥٦)، والطبراني في «المعجم الكبير» (٦/ ١١٩) (٥٦٩٢).

قــال: (وَكَانَـت الفُرْقَـةُ تَطْلِيقَةً بَائِنَـةً عِنْدَ أَبِـي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّـدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ: تَحْرِيمًـا مُؤَبَّـدًا) وهو قـولُ زفرَ؛ لقولِه عليـه السَّـلام: «المتلاعِنان لا يجتمعـان أبداً». ولنـا: أنَّ الإكـذابَ رجـوعٌ عـن الشـهادةِ، ولا حُكـمَ للشـهادةِ بعـدَ الرجـوعِ، ومعنى الحديـث: مـا دامـا متلاعِنَيـن، فإن أكذَبَ نفسَـه وأُقيـمَ عليه الحـدُّ زال حُكـمُ اللعانِ، فلـم يبقَيـا متلاعِنَين.

(ك): قذفَها الزوجُ، فلم يلتَعِنا حتى طلَّقَها بائنةً، فلا حدَّ ولا لعانَ، وإنْ تزوَّجَها بعدَ ذلك؛ لزوالِ النكاحِ، حتى لو كانَ الطلاقُ رجعيًّا: يلاعِنُ؛ لبقاءِ النِّكاح[1].

قال: (وإِنْ كَانَ الْقَذْفُ بِوَلَدٍ: نَفَى القَاضِي نَسَبَهُ، وَأَلْحَقَهُ بِأُمِّهِ) لأنَّ النبيَّ عليه السَّلام نفى نسَبَ ولدِ امرأةِ هلالِ بنِ أميَّةَ عنه، وألحقَه بأمِّه[2].

قلتُ: وصورةُ اللعانِ فيه أن يأمُرَ القاضِي الزوجَ فيقولَ: أشهَدُ بالله إني لمن الصَّادقين فيما رمَيتُكِ به من نفيِ الولدِ، وكذا في جانبِ المرأةِ.

(هـ)[3]: ولو قذَفَها بالزِّنا ونفى الولدَ ذكَرَ في اللعانِ الأمرَين، ثمَّ ينفي الحاكمُ الولَدَ، والحكمُ بنفِي الولد يتضمَّنُ التفريقَ، وعن أبي يوسُفَ: لا بدَّ من ذكرِه.

قال: (فَإِنْ عَادَ الزَّوْجُ فَأَكْذَبَ نَفْسَهُ: حَدَّهُ القاضِي، وَحَلَّ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا) خلافاً لأبي يوسُفَ وزُفرَ لما مرَّ.

قال: (وَكَذَلِكَ إِنْ قَذَفَ غَيْرَهَا فَحُدَّ أو زَنَتْ: فَحُدَّتْ) لانتفاءِ أهليَّةِ اللعان.

---

(١) من قوله: «ك قذفها الزوج... إلى قوله: لبقاء النكاح»: سقط من (ج).

(٢) روى البخاري (٥٣١٥)، ومسلم (١٤٩٤) عن ابن عمر: أن النبي ﷺ لاعن بين رجل وامرأته فانتفى من ولدها، ففرق بينهما، وألحق الولد بالمرأة.

(٣) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٢/ ٢٧١).

وَإِذَا قَذَفَ امْرَأَتَهُ، وَهِيَ صَغِيرَةٌ أَوْ مَجْنُونَةٌ: فَلَا لِعَانَ بَيْنَهُمَا.

وَقَذْفُ الْأَخْرَسِ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ لِعَانٌ، وَإِذَا قَالَ الزَّوْجُ: لَيْسَ حَمْلُك مِنِّي: فَلَا لِعَانَ، وإِذَا قَالَ: زَنَيْتِ، وَهَذَا الْحَمْلُ مِن الزِّنَا: تَلَاعَنَا، وَلَمْ يَنْفِ الْقَاضِي الْحَمْلَ.

قال: (**وَإِذَا قَذَفَ امْرَأَتَهُ، وَهِيَ صَغِيرَةٌ أَوْ مَجْنُونَةٌ: فَلَا لِعَانَ بَيْنَهُمَا**) لأنَّه لا يُحدُّ الأجنبيُّ بقذفِها، فلا يُلاعِنُ الزوجُ؛ لأنَّه خلَفٌ عنه.

(هـ)[1]: وكذا إذا كان الزوجُ صغيراً أو مجنوناً.

قال: (**وَقَذْفُ الْأَخْرَسِ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ لِعَانٌ**) خلافاً للشافعيِّ[2]؛ لأنَّ إشارتَه كعبارتِه، ولنا: أنَّه لا يَعرى عن الشُّبهةِ، والحدودُ تندرئُ بالشُّبهاتِ.

قال: (**وَإِذَا قَالَ الزَّوْجُ: لَيْسَ حَمْلُك مِنِّي: فَلَا لِعَانَ**) وقالا: يجبُ اللعانُ إذا جاءت بالولدِ لأقلَّ من ستةِ أشهرٍ؛ لتيقُّنِنا بنفي الولد، وله أنَّا لم نتيقَّنْ بالولدِ، فلا يصيرُ قاذفاً في الحالِ، فلو صارَ بعده يصيرُ كالمعلَّق بالشرط، ولا يصِحُّ تعليقُ القذفِ بالشرطِ.

قال: (**وإِذَا قَالَ: زَنَيْتِ، وَهَذَا الحَمْلُ مِن الزِّنَا: تَلَاعَنَا، وَلَمْ يَنْفِ الْقَاضِي الْحَمْلَ**) أمَّا التلاعُنُ فللقذفِ بالزِّنا، وإنما لم ينفِ القاضي الحملَ لِما مرَّ، ولأنَّه لا يُعلمُ أنَّ حمْلَها ولدٌ أم ريح، وهذا الحرفُ حُجَّةٌ على الشافعيِّ في نفيِه الحمْلَ[3].

---

(١) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٢/ ٢٧٢).

(٢) انظر: «الأم» (٥/ ٣٠٤).

(٣) انظر: «الأم» (٥/ ٣٠٦).

وَإِذَا نَفَى الرَّجُلُ وَلَدَ امْرَأَتِهِ عَقِيبَ الْوِلَادَةِ، أَوْ فِي الْحَالِ الَّتِي تُقْبَلُ التَّهْنِئَةُ، وَتُبْتَاعُ آلَةُ الْوِلَادَةِ: صَحَّ نَفْيُهُ، وَلَاعَنَ بِهِ، وَإِنْ نَفَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ: لَاعَنَ، وَثَبَتَ النَّسَبُ، وقالا: يَصِحُّ نَفيُه فِي مُدَّةِ النِّفَاسِ.

وَإِذَا وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ فِي بَطْنٍ وَاحِدٍ، فَنَفَى الْأَوَّلَ، وَاعْتَرَفَ بِالثَّانِي: ثَبَتَ نَسَبُهُمَا، وَحُدَّ الزَّوْجُ، وَإِن اعْتَرَفَ بِالْأَوَّلِ، وَنَفَى الثَّانِيَ: ثَبَتَ نَسَبُهُمَا، وَلَاعَنَ.

قال: (وَإِذَا نَفَى الرَّجُلُ وَلَدَ امْرَأَتِهِ عَقِيبَ الْوِلَادَةِ أو فِي الحَالِ الَّتِي تُقْبَلُ التَّهْنِئَةَ، وَتُبْتَاعُ آلَةُ الْوِلَادَةِ: صَحَّ نَفْيُهُ، وَلَاعَنَ بِهِ، وَإِنْ نَفَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ: لَاعَنَ وَيثبُتُ النَّسَبُ، وقالا: يَصِّحُ نَفيُه فِي مُدَّةِ النِّفَاسِ) لأنَّ النِّفاسَ أثرُ الولادةِ، وفي حُكمِها في حقِّ سائر الأحكامِ، فكذا في هذا الحُكم، وله: أنَّ قَبولَ التهنئةِ وابتياعَ آلةِ الولادةِ دليلُ القَبولِ، وكذا سكوتُه في هذا الزمانِ؛ لأنَّ السكوتَ كالنُّطقِ في كثيرٍ من الأحكامِ، فكذا هاهنا احتيالاً لثبوتِ النسبِ.

(هـ ك)[1]: ولو كان غائباً ولم يعلَمْ بالولادة ثم قدِمَ، تعتبرُ المدةُ التي ذكرناها على الأصلَين[2].

قال: (وَإِذَا وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ فِي بَطْنٍ وَاحِدٍ، فَنَفَى الْأَوَّلَ، وَاعْتَرَفَ بِالثَّانِي: ثَبَتَ نَسَبُهُمَا، وَحُدَّ الزَّوْجُ) لأنهما خُلقا من ماءٍ واحدٍ، وإنما حُدَّ لأنه أكذبَ نفسَه.

قال: (وَإِن اعْتَرَفَ بِالْأَوَّلِ، وَنَفَى الثَّانِيَ: ثَبَتَ نَسَبُهُمَا) لِما مرَّ.

قال: (وَلَاعَنَ) لأنَّه قاذفٌ بنفيِ الثاني ولم يرجِعْ عنه، والإقرارُ بالعفَّةِ سابقٌ على القذفِ فيُلاعِنُ.

---

(١) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٢/ ٢٧٢).

(٢) في (ف) زيادة: «قلت في قول أبي حنيفة وقلهما يصح نفيه المراد منه إذا اتصل اللعان لأنَّه نص في شرح الجامع الكبير لقاضي خان وشرح الجامع الصغير وغيرهما أن الولد لا ينتفي به إلا باللعان».

(ك): النسبُ يثبُتُ بإقرار الزوجِ وسكوتِه عند التهنئةِ إلا في الأمَة، ويثبُتُ حكماً أيضاً بأنْ قذَفَ المرأةَ قبل اللعانِ أجنبيٌّ بالولدِ الذي جاءت به، فحدَّه القاضِي، ثبَتَ نسبُ الولد من الزوجِ وسقطَ اللعانُ؛ لأنَّ حدَّ الأجنبيِّ تكذيبٌ له حُكماً.

ولو كان عُلوقُ الولدِ في حالٍ لا لعانَ بينهما بأن كانت أمَةً أو كتابيةً، ثم أعتقَتْ أو أسلمَتْ، فنفيُ ولدِها لا يَنفي[1] النسَبَ، ولا تلاعنَ.

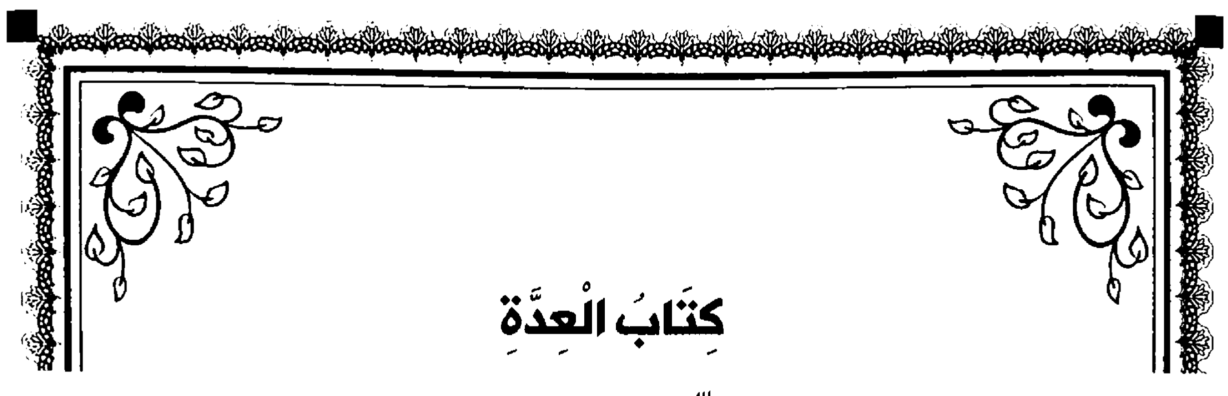
ولو نفى ولدَ الحرةِ فصدَّقته: فلا حدَّ ولا لعانَ، ويثبُتُ النسَبُ؛ لأنَّ النسَبَ حقُّ الولد، فلا يسقُطُ بتصادُقِهما.

ولو ولَدَتْ ولداً فنفاه ولاعَنَ وفرَّقَ الحاكمُ، ثم ولَدَت آخرَ بيوم لزِماه، واللعانُ ماضٍ؛ لأنَّها صارت أجنبيةً، وولدُ الأجنبيةِ لا ينتفِي باللِّعان، ويثبت نسَبُه، فيثبُتُ نسَبُ الأولِ ضرورةً، والله أعلم بالصواب.

* * *

---

(١) في (ف) و(ج): «ينتفي».



كِتَابُ الْعِدَّةِ

بسم الله الرحمن الرحيم

الأصلُ في وجوب العِدَّةِ الآياتُ الدالةُ عليها، والعِدةُ هي: التربصُ الذي يلزمُ المرأةَ بزوال النكاحِ أو بالوطءِ بشُبهةٍ، وهي على ثلاثةِ أضربٍ: بالحيضِ، وبالشُّهورِ، وبوَضعِ الحمْلِ على ما يأتيك بيانُها مفصَّلاً إن شاء الله تعالى.

إِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ طَلَاقًا بَائِنًا، أَوْ رَجْعِيًّا، أَوْ ثَلَاثًا، أَوْ وَقَعَت الْفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ طَلَاقٍ، وَهِيَ حُرَّةٌ مِمَّنْ تَحِيضُ: فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَقْرَاءٍ وَالْأَقْرَاءُ: الْحِيَضُ.

وَإِنْ كَانَتْ لَا تَحِيضُ مِنْ صِغَرٍ أَوْ كِبَرٍ: فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا: فَعِدَّتُهَا أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا، وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً: فَعِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ، وَإِنْ كَانَتْ لَا تَحِيضُ: فَعِدَّتُهَا شَهْرٌ وَنِصْفٌ.

قال الشيخ رحمه الله: (**إِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ طَلَاقًا بَائِنًا، أَوْ رَجْعِيًّا، أَوْ وَقَعَت الْفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ طَلَاقٍ، وَهِيَ حُرَّةٌ مِمَّنْ تَحِيضُ: فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَقْرَاءٍ**) لقولِه تعالى: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ [البقرة: ٢٢٨] والفُرقةُ بغير طلاقٍ في معنى الطلاق؛ لأنَّ عِدَّةَ الحائل وجبَتْ للتعرُّفِ عن براءة الرحِمِ، وصوناً لماء الزوج عن الاشتباه، ويستوي فيه الطلاقُ والفُرقة.

قال: (**وَالْأَقْرَاءُ: الْحِيَضُ**) وقال الشافعيُّ: الأطهارُ[1].

---

(١) انظر: «الأم» (٥/ ٢٢٤).

(شق): صورتُه: طلَّقَها في الطُّهرِ، فعندنا تنقضِي عدتُها بخروجِها من الحَيضَةِ الثالثة، وعند الشافعيِّ: بدخولِها فيها[1]، واللفظُ حقيقةٌ فيهما، وهو من الأضدادِ، كذا قاله ابنُ السِّكِّيتِ[2].

والحملُ على الحيض أولى لوجوهٍ:

أحدُها: أنَّه أوجَبَ ثلاثةَ أقراءٍ كواملَ، وذلك في الحيضِ دونَ الأطهار؛ لأنَّه يُعتدُّ[3] بجزءِ الطُّهرِ الذي وقعَ فيه الطلاقُ وإن قلَّ.

الثاني: أنَّها وجبَتَ للتعرُّفِ عن[4] براءة الرحِمِ، والمعرِّفُ الحيضُ دونَ الطُّهرِ.

الثالثُ: أنَّ عدةَ الحُرةِ والأمَةِ لا يفترِقانِ في الجنسِ، وعِدَّةُ الأمَةِ بالحيضِ؛ لقولِه عليه السَّلام: «وعِدَّتُها حَيضتَانِ»[5] فكذا عِدَّةُ الحرَّة.

قال: (وَإِنْ كَانَتْ لَا تَحِيضُ مِنْ صِغَرٍ أَوْ كِبَرٍ: فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ) لقولِه تعالى: ﴿وَٱلَّـٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَـٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّـٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤].

---

(١) انظر: «الأم» (٥/ ١٩٤).

(٢) انظر: «إصلاح المنطق» (ص: ١٩٨).

(٣) في (ج): «لا يعتد».

(٤) في (ص) و(ش): «على».

(٥) رواه أبو داود (٢١٨٩)، والترمذي (١١٨٢)، وابن ماجه (٢٠٨٠)، والطبراني في «المعجم الأوسط» (٦٧٤٩)، والدارقطني في «السنن» (٤٠٠٣) من حديث عائشة رضي الله عنها.
قال أبو داود: هو حديث مجهول. وقال الترمذي: حديث غريب. وضعفه ابن حجر في «الدراية» (٢/ ٧٠) بمظاهر بن أسلم.
ورواه الدارقطني في «السنن» (٣٩٩٤) من حديث ابن عمر رضي الله عنه إلا أنه رجح وقفه.

(جص): وكذا إذا بلغت بالسِّنِّ ولم تحِضْ بعدُ، وإن بلغَتْ ثلاثين سنة فصاعداً؛ لقولِه تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ﴾.

(شب): بلغت مدَّةَ الإياسِ: تعتدُّ بالأشهرِ، ولا يحتاجُ إلى قضاءِ القاضِي.

قال: (وَإِنْ[1] كَانَتْ حَامِلًا: فَعِدَّتُهَا أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا) لقولِه تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ﴾ [الطلاق: ٤].

(ك): وعدَّةُ الحاملِ تنقَضِي بوضعِ الحملِ وإن كان بساعةٍ من وقتِ الفراقِ، أمَةً كانت أو حرَّةً بالنصِّ.

قال: (وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً: فَعِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ) لقوله ﷺ: «طَلَاقُ الأمَةِ تَطْلِيقَتَانِ[2] وعِدَّتُها حَيضَتانِ»[3]، ولأنَّ الرقَّ منصِّفٌ، والحيضةُ لا تتجزَّأُ، فكمُلَت فصارَتْ حيضتَين، وإليه أشارَ عمرُ رضي الله عنه بقولِه: لو استطعتُ لَجعلتُها حيضةً ونصفاً[4].

قال: (وَإِنْ كَانَتْ لَا تَحِيضُ: فَعِدَّتُهَا شَهْرٌ وَنِصْفٌ) لما مرَّ، وإن كانت حاملاً: فعِدَّتُها أن تضَعَ لإطلاقِ ما تلونا[5].

---

(١) في (ج): «وإذا».

(٢) في (ف): «طلقتان».

(٣) رواه أبو داود (٢١٨٩)، والترمذي (١١٨٢)، وابن ماجه (٢٠٨٠)، والطبراني في «المعجم الأوسط» (٦٧٤٩)، والدارقطني في «السنن» (٤٠٠٣) من حديث عائشة رضي الله عنها.
قال أبو داود: هو حديث مجهول. وقال الترمذي: حديث غريب. وضعفه ابن حجر في «الدراية» (٢/ ٧٠) بمظاهر بن أسلم.
ورواه الدارقطني في «سننه» (٣٩٩٤) من حديث ابن عمر رضي الله عنه إلا أنه رجح وقفه.

(٤) رواه الشافعي في «الأم» (٥/ ٢٣٢)، وعبد الرزاق في «مصنفه» (٧/ ١٧٣)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٠/ ٣٥٦)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٦٩٩).

(٥) في (ش): «تضع حملها».

وَإِذَا مَاتَ الرَّجُلُ عَن امْرَأَتِهِ الْحُرَّةِ: فَعِدَّتُهَا أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ، وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً: فَعِدَّتُهَا شَهْرَانِ وَخَمْسَةُ أَيَّامٍ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً: فَعِدَّتُهَا أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا.

وَإِذَا وَرِثَت الْمُطَلَّقَةُ فِي الْمَرَضِ: فَعِدَّتُهَا أَبْعَدُ الأَجَلَيْنِ.

وَإِنْ أُعْتِقَتْ الأَمَةُ فِي عِدَّتِهَا مِنْ طَلَاقٍ رَجْعِيٍّ: انْتَقَلَتْ عِدَّتُهَا إِلَى عِدَّةِ الْحَرَائِرِ، وَإِنْ أُعْتِقَتْ وَهِيَ مَبْتُوتَةٌ، أَوْ مُتَوَفًّى عَنْهَا زَوْجُهَا: لَمْ تَنْتَقِلْ عِدَّتُهَا.

وَإِذَا كَانَتْ آيِسَةً فَاعْتَدَّتْ بِالشُّهُورِ، ثُمَّ رَأَتِ الدَّمَ: انْتَقَضَ مَا مَضَى مِنْ عِدَّتِهَا، وَكَانَ عَلَيْهَا أَنْ تَسْتَأْنِفَ الْعِدَّةَ بِالْحَيْضِ.

قال: (وَإِذَا مَاتَ الرَّجُلُ عَن امْرَأَتِهِ الْحُرَّةِ: فَعِدَّتُهَا أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ) لقولِه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤].

(وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً: فَعِدَّتُهَا شَهْرَانِ وَخَمْسَةُ أَيَّامٍ) لِما ذكَرْنا.

(شس): العشَرةُ: عشَرةُ أيامٍ وعشْرُ ليالٍ من الشهر الخامس عندنا، وقال ابنُ عمرو: عشرُ ليالٍ وتسعةُ أيام[1].

قال: (وَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً: فَعِدَّتُهَا أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا) لقولِه تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤].

(ك تح شط): وقال عليٌّ رضي الله عنه: عدَّتُها أبعدُ الأجلَين عملاً بالآيتَين[2]، ولنا قولُ ابنِ مسعودٍ: مَن شاء باهلتُه أنَّ سورةَ النساءِ القُصْرَى نزلت بعدَ التي في سورةِ

(١) ذكره السرخسي في «المبسوط» (٦/ ٣٠).

(٢) رواه سعيد بن منصور في «سننه» (١٥١٦)، وعبد الرزاق في «مصنفه» (٦/ ٤٧٥)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٧٩٨٤).

البقرةِ[١]، وأمرَ النبيُّ عليه السَّلام سُبيعةَ بنتَ الحارث لمَّا وضعَتِ الحمْلَ بعد موتِ زوجِها بأيامٍ أن تتزوَّجَ[٢]، وعن عمر رضي الله عنه أنَّه قال: لو وضعَتْ ما في بطنِها وزوجُها على سريرِه لانقضَتْ عِدَّتُها، وحلَّ لها أن تتزوَّجَ[٣].

(تح): انقضاءُ عدَّتِها بوضعِ حملِها إذا كان تامًّا أو سِقطاً، مستبينَ الخلقِ أو بعضِه، قصُرَت المدَّةُ أو طالت.

قلتُ: واستبانةُ خلقِه أن يتميَّزَ عن الدَّمِ والعلَقةِ والمُضْغةِ بظُهورِ وجهٍ أو يدٍ أو رِجلٍ أو ظُفرٍ أو ذكَرٍ ونحوِها.

(جش م): السِّقطُ الذي استبان خلقُه لا يكونُ في أقلَّ من أربعة أشهر، قال محمدٌ: والأربعةُ الأشهرِ وقتٌ في السِّقطِ، كما أن الستةَ الأشهرِ في الولدِ التامِّ.

قال: (وَإِذَا وَرِثَت الْمُطَلَّقَةُ فِي الْمَرَضِ: فَعِدَّتُهَا أَبْعَدُ الْأَجَلَيْنِ) وقال أبو يوسُفَ: ثلاثُ حِيَضٍ. قلتُ: معناه: المطلَّقةُ بائناً أو ثلاثاً بفرار الزوجِ عنها، والمطلَّقةُ الرجعيةُ تعتدُّ عِدَّةَ الوفاةِ بالإجماعِ، ونعني بأبعدِ الأجلَين العدَّةَ بالأشهُرِ إذا كانت أطولَ من العدَّةِ بالحيضِ، والعدَّةَ بالحيضِ إذا كانت أطولَ من العدَّةِ بالأشهرِ.

قلتُ: ويعتبرُ الحيضُ من وقتِ الطَّلاقِ لا الوفاةِ.

(جش جع وب): تعتبرُ شهورُ العدَّةِ في الطلاق والوفاةِ بالأهِلَّةِ إذا اتَّفقَ ابتداؤها

---

(١) رواه أبو حنيفة في «مسنده/ رواية الحصكفي» (١٢)، وأبو يوسف في «الآثار» (٦٥٢)، وعبد الرزاق في «مصنفه» (٦/ ٤٧٥)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٧٩٨٠).
وروواه بنحوه البخاري (٤٦٢٦).

(٢) رواه البخاري (٥٠١٤)، ومسلم (١٤٨٥).

(٣) رواه مالك في «الموطأ» (٨٤)، والشافعي في «الأم» (٥/ ٢٤٠)، وسعيد بن منصور في «سننه» (١٥٢١)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٧٠٦).

في الغُرَّة، وإلَّا فبالأيامِ عندَ أبي حنيفةَ وإحدى الروايتَين عن أبي يوسُفَ، ففي الطلاقِ: تسعون يوماً، وفي الوفاة: مائةٌ وثلاثون يوماً، وعند محمدٍ والروايةُ الأخرى عن أبي يوسُفَ: يُكمَّل الشَّهرُ الأولُ من الأخيرِ ثلاثين، والباقي بالأهِلَّة.

(شصد): وكذا الخلافُ في الإجازة والدَّينِ ومدَّةِ العِنِّينِ بالأيام إجماعاً، وقد مرَّ.

قال: (**وَإِنْ أُعْتِقَتْ الْأَمَةُ فِي عِدَّتِهَا مِنْ طَلَاقٍ رَجْعِيٍّ: انْتَقَلَتْ عِدَّتُهَا إِلَى عِدَّةِ الحَرَائِرِ**) لقيامِ النِّكاحِ من كلِّ وَجْهٍ[١]. قلتُ: وقد يحصُلُ الانتقالُ أربعَ مراتٍ، كالأمَةِ طلَّقَها زوجُها، فلمَّا حاضت حيضةً عتَقَت، فانتَقلَت عِدَّتُها إلى ثلاثِ حِيَضٍ، فلما حاضَتْ حيضةً ثانية أيِسَتْ، فانتقلت إلى الأشهُر، فلمَّا مضى شهران عاوَدَها الدمُ، فصارت بالحيض، فلما كان اليومُ الأخيرُ من حيضِها مات زوجُها، فانتقلت إلى أربعة أشهرٍ وعشرٍ[٢].

قال: (**وَإِنْ أُعْتِقَتْ وَهِيَ مَبْتُوتَةٌ، أَوْ مُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا: لَمْ تَنْتَقِلْ عِدَّتُهَا**) لزَوالِ النِّكاحِ بالبينُونةِ والموتِ.

قال: (**وَإِذَا كَانَتْ آيِسَةً فَاعْتَدَّتْ بِالشُّهُورِ، ثُمَّ رَأَتِ الدَّمَ: انْتَقَضَ مَا مَضَى مِنْ عِدَّتِهَا، وَكَانَ عَلَيْهَا أَنْ تَسْتَأْنِفَ العِدَّةَ بِالحَيْضِ**) لأنَّه بطلَ الإياسُ، فتبيَّنَ أن الشهورَ لم تكُنْ خلَفاً عن الحيض.

(شق): هذا على الرواية التي لم تقدِّر الإياسَ بالمدَّة، وأمَّا على الرواية التي قدَّرَ الإياسَ بالمدَّة[٣]، فإذا عاوَدَها الدمُ بعدَ تلكَ المدَّة لم يكُنْ حيضاً.

(هـ)[٤]: معناه: إذا رأت الدمَ على العادةِ؛ لأنَّ عودَها يُبْطِلُ الإياسَ.

---

(١) قوله: «من كل وجه» ليس في (ش)، في (ش): «بالبينونة والموت».

(٢) في (ش): «وعشرة أيام»، وفي (ق): «وعشر».

(٣) في (ج): «قدر بها».

(٤) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٢/ ٢٧٥).

وذكرَ أستاذِي صدرُ الحيَّاضِين نورُ الأئمَّة الحيَّاض رحمه الله في تصانيفِه في الحيضِ: هذا إذا رأتِ الدمَ أسودَ أو أحمرَ، أمَّا إذا رأت كُدْرةً أو تُربيَّةً أو صُفرةً ضعيفةً لا يكونُ حَيضاً، وفي الأسودِ والأحمرِ إنما تبطُلُ العدَّةُ بالأشهُرِ قبل التمام لقُدرتِها على الأصلِ قبل إنهاء حُكمِ البدَل، وبعده: لا، كالمتيمم إذا وجَدَ الماءَ في[1] صلاتِه: يبطُلُ، وبعدها: لا، هو الأصحُّ والمختار للفتوى.

(هـ)[2]: ولو حاضت حيضتَين ثم أيِسَت يُعتدُّ بالشهور تحرُّزاً عن الجمع بين البدل والمبدَل.

وَالْمَنْكُوحَةُ نِكَاحًا فَاسِدًا، وَالْمَوْطُوءَةُ بِشُبْهَةٍ: عِدَّتُهَا بِالْحَيْضِ فِي الْفُرْقَةِ وَالْمَوْتِ.

وَإِذَا مَاتَ مَوْلَى أُمِّ الْوَلَدِ عَنْهَا أَوْ أَعْتَقَهَا: فَعِدَّتُهَا ثَلَاثُ حِيَضٍ.

وَإِذَا مَاتَ الصَّغِيرُ عَن امْرَأَتِهِ وَبِهَا حَمْلٌ: فَعِدَّتُهَا أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا، وَإِنْ حَدَثَ الْحَمْلُ بَعْدَ الْمَوْتِ: فَعِدَّتُهَا أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ. وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فِي حَالِ الْحَيْضِ: لَمْ تعْتَدَّ بِالْحَيْضَةِ الَّتِي وَقَعَ فِيهَا الطَّلَاقُ.

وَإِذَا وُطِئَتْ الْمُعْتَدَّةُ بِشُبْهَةٍ فَعَلَيْهَا عِدَّةٌ أُخْرَى وَتَتَدَاخَلُ الْعِدَّتَانِ فَيَكُونُ مَا تَرَاهُ مِن الْحَيْضِ مُحْتَسَبًا بِهِ مِنْهُمَا جَمِيعًا، فَإِذَا انْقَضَت الْعِدَّةُ مِن الْأَوَّلِ وَلَمْ تُكْمِلْ الثَّانِيَةَ: فَإِنَّ عَلَيْهَا تَمَامَ عِدَّةِ الثَّانِي.

قال: (**وَالْمَنْكُوحَةُ نِكَاحًا فَاسِدًا، وَالْمَوْطُوءَةُ بِشُبْهَةٍ: عِدَّتُهَا بِالْحَيْضِ فِي الْفُرْقَةِ وَالْمَوْتِ**) لأنها للتعرُّفِ عن براءة الرحِم لانقضاءِ حقِّ النكاحِ، والمعرِّفُ الحيضُ، قال: وإذا ماتَ مولى أمِّ الولدِ عنها أو أعتَقَها: فعِدتُها ثلاثُ حِيَضٍ. وقال

(١) في (ج): «في خلال».

(٢) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٢/ ٢٧٥).

الشافعيُّ: حيضةٌ كالاستبراءِ[١]، ولنا: أنَّها وجبَتْ عن وطءٍ لزوال الفراش، فشابَهَ عدَّةَ النكاح، وقال عمرُ رضي الله عنه: عدَّةُ أمِّ الولد ثلاثُ حيَضٍ، وإن كانت ممَّنْ لا تحيضُ فثلاثةُ أشهر.

قال: (**وَإِذَا مَاتَ الصَّغِيرُ عَنِ امْرَأَتِهِ وَبِهَا حَمْلٌ**[٢] **فَعِدَّتُهَا أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا**) وقال أبو يوسُفَ والشافعيُّ: عدَّتُها أربعةُ أشهرٍ وعشرٌ لعدم تصوُّرِ الولد منه. ولنا: إطلاق قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] ولأنَّها وجبَتْ لقضاء حقِّ النكاح لا للتعرُّف، ألَا ترى أنَّها تجِبُ بالأشهُرِ في ذوات الأقراء، وحقُّ النكاحِ يقضى بوضعِ الحَمْلِ.

قال: (**وَإِنْ حَدَثَ الْحَمْلُ بَعْدَ الْمَوْتِ: فَعِدَّتُهَا أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ**) لأنَّها وجبَت بالأشهُر، فلا تتغيَّرُ بحدوثِ الحملِ[٣]، ولا يلزمُ امرأةُ الكبيرِ[٤] إذا حدث بها الحبَلُ بعد الموت؛ لأنَّ النسَبَ يثبتُ منه، فكان كالقائم حكماً، ولا كذلك في الصَّغيرِ.

(هـ)[٥]: ولا يثبُتُ نسبُه في الوجهَين؛ لأنَّ الصبيَّ لا ماءَ له، فلا يُتصوَّرُ العلوقُ منه، والنكاحُ إنما يُقامُ مُقامَ الوطءِ في صورةِ التصوُّر.

قلت: وحدوثُه بعد الموت إنما يُعرفُ إذا جاءت به لستةِ أشهرٍ فصاعداً من وقتِ الموتِ، هكذا في (شط)، وفي (جع): حبَلَتِ المطلَّقةُ: فعدَّتُها بالوضع.

---

(١) انظر: «الأم» (٥/ ٢٣٢).

(٢) في (ف) و(ج): «حبل».

(٣) في (ج): «الحبل».

(٤) في (ف): «امرأة كبيرة».

(٥) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٢/ ٢٧٦).

(جت): وكذا لو تزوجَت[1] في عدةِ الوفاة وحبِلَت، وعنه: خلافٌ بخلافِ عدَّة الطلاقِ، وفي «الإيضاح»: حبِلَتْ في عدَّةِ الوفاةِ: فعدَّتُها بالشهورِ.

(تح ب): أحبل معتدَّةً[2] عن ثلاثٍ: فعِدَّتُها بالوضعِ.

قال: (**وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فِي حَالِ الْحَيْضِ: لَمْ تعْتَدَّ بِالحَيْضَةِ الَّتِي وَقَعَ فِيهَا الطَّلَاقُ**) لأنها مقدَّرةٌ بثلاثِ حِيَضٍ كوامِلَ، فلا تنقُصُ منها ولا يُكمَلُ من الرابعةِ؛ لأنها لا تتجزأُ.

قال: (**وَإِذَا وُطِئَتْ الْمُعْتَدَّةُ بِشُبْهَةٍ: فَعَلَيْهَا عِدَّةٌ أُخْرَى وَتَتَدَاخَلُ الْعِدَّتَانِ فَيَكُونُ مَا تَرَاهُ مِن الْحَيْضِ مُحْتَسَبًا بِهِ مِنْهُمَا جَمِيعًا**) وقال الشافعيُّ: لا يتداخلان[3]؛ لأنَّها عبادةُ كفٍّ، فأشبهَ الصومَين، ولنا: أنَّ المقصودَ منها التعرُّفُ عن براءةِ الرحِمِ، وقد حصَلَ بالأولى.

(هـ)[4]: والمعتدَّةُ عن وفاةٍ إذا وُطئت بشُبهةٍ: تعتدُّ بالشُّهور، وتحتسِبُ بما تراه من الحيضِ فيها تحقيقاً للتداخُلِ بقدْرِ الإمكان.

قال: (**فَإِذَا انْقَضَت الْعِدَّةُ مِن الأَوَّلِ وَلَمْ تُكْمِلْ الثَّانِيَةَ: فَإِنَّ عَلَيْهَا تَمَامَ عِدَّةِ الثَّانِي**) لأن الباقيَ غيرُ داخلٍ فيما انقضَتْ كآجالِ المديون.

---

(١) في (ج): «تزوجها».

(٢) في (ش): «مطلقة».

(٣) انظر: «الحاوي الكبير» (١١/ ٢٨٩).

(٤) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٢/ ٢٧٦).

وَابْتِدَاءُ الْعِدَّةِ فِي الطَّلَاقِ: عَقِيبَ الطَّلَاقِ، وَفِي الْوَفَاةِ: عَقِيبَ الْوَفَاةِ، فَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ بِالطَّلَاقِ أَوْ الْوَفَاةِ حَتَّى مَضَتِ الْعِدَّةُ: فَقَد انْقَضَتْ عِدَّتُهَا.

وَالْعِدَّةُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ: عَقِيبَ التَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا، أَوْ عِنْدَ عَزْمِ الْوَاطِئِ عَلَى تَرْكِ وَطْئِهَا.

قال: (**وَابْتِدَاءُ الْعِدَّةِ فِي الطَّلَاقِ: عَقِيبَ الطَّلَاقِ، وَفِي الْوَفَاةِ: عَقِيبَ الْوَفَاةِ، فَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ بِالطَّلَاقِ أَوْ الْوَفَاةِ**[1] **حَتَّى مَضَتِ الْعِدَّةُ**[2]**: فَقَد انْقَضَتْ عِدَّتُهَا**) لأنَّ الطلاقَ والوفاةَ سببُ وجوبِ العِدَّة، فيُعتبَرُ ابتداؤها من وقتِ وجود السببِ؛ لئلَّا يتخلَّفَ المسبَّبُ عن السببِ، والعلمُ ليس بشرطٍ للانقضاء كسائرِ الآجالِ.

(ه)[3]: ومشايخنا يُفتون في الطلاق أنَّ ابتداءَها من وقتِ الإقرارِ بالطلاقِ نفياً لتُهمةِ المواضَعة.

قال: (**وَالْعِدَّةُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ: عَقِيبَ التَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا، أَوْ عِنْدَ عَزْمِ الْوَاطِئِ عَلَى تَرْكِ وَطْئِهَا**) وقال زُفرُ: من آخِرِ ما وَطئها؛ لأنَّ الوطءَ هو السببُ الموجبُ، ولنا: أنَّ كلَّ وطءٍ[4] في العقدِ الفاسدِ كالوَطأةِ الواحدةِ؛ لاستنادِها إلى حُكمِ عقدٍ واحدٍ، ولهذا يُكتفى فيها بمهرٍ واحدٍ، فقبل المتاركةِ والعزم: لا تثبُتُ العِدةُ مع جوازِ وطءٍ آخرَ.

(نم) في جمعِه: كأن يطأَ المطلَّقةَ ثلاثاً مع علمِه بالحُرمةِ، وإقرارِه بها: لا يستأنفُ

---

(١) في (ف) و(ج): «والوفاة».

(٢) في (ش) و(ف): «مدّة العدّة».

(٣) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٢/ ٢٧٦).

(٤) في (ش) زيادة: «وجد».

العدَّة، وإن قال: ظَنَنْتُ أَنَّها تحِلُّ لي: تستأنِفُ وتتداخلُ مع الأولى، لكنَّها[1] لا تستحِقُّ النفقةَ بعد مُضيِّ عِدَّةِ الطلاقِ.

(بس): وطِئَ المختلِعةَ: تستأنِفُ العِدَّةَ، وعليه المهرُ؛ لأنَّ من الصحابةِ مَن لا يرَونَ البَينونةَ بما دونَ الثلاث. (ضح) المختلِعةُ: كالمطلَّقةِ ثلاثاً.

(حم): قال لها: إن فعلتِ كذا فأنتِ طالقٌ ثلاثًا، ثم فعلَتْ ذلك ولم يعلَمِ الزوجُ به، ومضى عليه[2] ثلاثةُ أقراءٍ، وتزوَّجَتْ بآخَرَ ودخلَ بها، ثم طلَّقَها وانقضَتْ عدَّتُها، ثم أخبرَت زوجَها بما صنعَتْ وصدَّقَها الزوجُ: لم تحِلَّ له؛ لأنَّ عدةَ المطلَّقةِ ثلاثاً من وقتِ الفراقِ عندنا لا من الطلاقِ، وعند زُفَرَ: تحِلُّ؛ لأنَّها من وقتِ الطلاقِ عنده.

(ط): كلُّ نكاحٍ اختلف العلماءُ في جوازِه كالنكاحِ بلا شهودٍ، فالدخولُ فيه موجِبٌ للعِدَّةِ، أمَّا نكاحُ منكوحةِ الغيرِ ومعتَدَّةِ الغيرِ فالدخولُ فيه: لا يوجِبُ العدَّةَ إن كان يعلمُ[3] بأنَّها للغيرِ؛ لأنَّه لم يقُلْ أحدٌ بجوازِه، فلم ينعقِدْ أصلاً.

(جع وب): تعتدُّ عن ثلاثِ طلَقاتٍ؛ فوطئها ظنًّا أنَّها لا تحِلُّ له: لا تستأنِفُ العِدَّةَ.

(عت): مبتوتةٌ بواحدةٍ وطِئَها في عدَّتِها، وإن ظنَّ أنَّها تحِلُّ له، ولو طلَّقَها ثلاثاً ثم تزوَّجَها ودخلَ بها فهو زِنًى عندَهما، وعندَه: لا.

(شق): قال أصحابنا: إذا تأخَّرَ حيضُ المطلَّقةِ لعارضٍ أو غيرِه، بقيَتْ في العِدَّةِ حتى تحيضَ أو تبلُغَ حدَّ الإياس، وهو قولُ ابن مسعودٍ رضي الله عنه[4]، وبه الشافعيُّ

---

(١) في (ج): «لأنها».

(٢) في (ف): «عليها».

(٣) في (ج): «كانت تعلم».

(٤) انظر: «التجريد» للقدوري (١٠/ ٥٢٩٨).

في الجديد، وقال في القديم: إذا تأخَّرَ لغيرِ عارضٍ انتظرَتْ إلى أن تعلَمَ براءةَ رحِمِها، ثم تعتدُّ بالشهور[١]، وهو قولُ عمرَ رضي الله عنه[٢].

(جش): وفي «أحكام القرآن» لأبي بكرٍ الرازيِّ[٣]: اختَلَفَ السلفُ ومَن بعدهم من فقهاءِ الأمصارِ في التي ارتفَعَ حَيضُها؛ فعن سعيد بنِ المسيَّبِ عن عمرَ رضي الله عنه: أيُّما امرأةٍ طلُقَتْ فحاضَتْ حَيضةً أو حيضتَين ثم ارتفعَ حَيضُها، فإنه ينتظرُ لها تسعةُ أشهرٍ، فإن بانَ بها حبَلٌ فذاك، وإلا: اعتدَّتْ ثلاثةَ أشهرٍ بعد التسعةِ، وبه أخذَ مالكٌ[٤].

وعن ابن عباسٍ: الرِّيبةُ المرادُ بقوله تعالى: ﴿إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ﴾ [المائدة: ١٠٦] سنةٌ[٥]، وعن عكرِمةَ رضي الله عنه في التي تحيضُ في كلِّ سنةٍ مرةً: هذه رِيبةٌ، فتعتَدُّ بثلاثةِ أشهرٍ[٦]، وعن طاوسٍ مثلُه[٧]، وقال الأوزاعيُّ: إذا لم تر ثلاثة أشهرٍ تعتدُّ بسنة.

وقال أبو حنيفةَ وأبو يوسُفَ ومحمدٌ في التي ارتفَعَ حيضُها: عِدَّتُها بالحيضِ حتى يدخُلَ سنُّ الإياس، وهو قول الثَّوريِّ والليثِ والشافعيِّ، والتي ارتفع حَيضُها قد حاضَت غيرَ مرةٍ، ومعنى قوله: ﴿إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ﴾ أشكَلَ عليكم حكمُهنَّ كيف يعتددْنَ فهذا حُكمُهنَّ.

قلت: حتى قال أصحابنا: بأنَّ مَن حاضت مرةً أو مرتَين وقد طلَّقَها زوجُها لتمام عشَرةِ سنينَ وارتفَعَ حَيضُها: فعِدَّتُها خمسون سنةً وثلاثةُ أشهرٍ على قولِ مَن قدَّرَ الإياسَ بستِّينَ سنةً، وعلى أيسرِ الأقوال: أربعين سنةً وثلاثةَ أشهر.

---

(١) انظر: «التنبيه في الفقه الشافعي» (ص: ٢٠٠).

(٢) انظر التالي.

(٣) انظر: «أحكام القرآن» للرازي الجصاص (٣/ ٦١٠).

(٤) رواه مالك في «الموطأ» رواية محمد بن الحسن (٦١١).

(٥) رواه الطحاوي في «أحكام القرآن» (١٨١٧)

(٦) رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٩٨٠٢).

(٧) رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٩٧٩٥).

وقد صنَّفَ أستاذي نورُ الأئمَّةِ الحيَّاضُ رحمه الله وجازاه عنِّي وعن جميع المسلمين خيراً كتابَ «العِدَّةِ»، وذكَرَ فيه أن العِدَّةَ على ثمانيةٍ وأربعين وجهاً، وقد استقصى الكلامَ فيه، وكان بعضُ أصحابنا وأستاذينا يُفتونَ بقولِ مالكٍ في هذه المسألة عند الضرورةِ خصوصاً الإمامَ الزاهدَ العابدَ المحقِّقَ[1]، منشِئَ النظْمِ[2]، نجمَ الملَّةِ والدينِ الحفصيَّ رحمه الله.

وَعَلَى المَبْتُوتَةِ وَالمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا إِذَا كَانَتْ بَالِغَةً عَاقِلَةً مُسْلِمَةً: الإِحْدَادُ؛ بتَرْكِ الطِّيبِ وَالزِّينَةِ وَالكُحْلِ وَالدُّهْنِ إِلَّا مِنْ عُذْرٍ، وَلَا تَختَضِبُ بِالحِنَّاءِ، وَلَا تَلْبَسُ ثَوْبًا مَصْبُوغًا بعُصْفُرٍ وَلَا زَعْفَرَانٍ وَلَا وَرْسٍ.

وَلَا إِحْدَادَ عَلَى كَافِرَةٍ، وَلَا صَغِيرَةٍ، وَعَلَى الأَمَةِ الإِحْدَادُ، وَلَيْسَ فِي عِدَّةِ النِّكَاحِ الفَاسِدِ، وَلَا فِي عِدَّةِ أُمِّ الوَلَدِ إِحْدَادٌ.

قال: (وَعَلَى المَبْتُوتَةِ وَالمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا إِذَا كَانَتْ بَالِغَةً عَاقِلَةً مُسْلِمَةً: الإِحْدَادُ) أمَّا المتوفَّى عنها زوجُها فلقولِه عليه السَّلام: «لا يحِلُّ لامرأةٍ تؤمنُ بالله واليومِ الآخِرِ أن تُحدَّ على ميِّتٍ فوقَ ثلاثةِ أيامٍ، إلا على زوجِها أربعةَ أشهرٍ وعشراً»[3].

وأمَّا المبتوتةُ فمذهبُنا، وقال الشافعيُّ: لا حدادَ عليها[4]؛ لأنَّه يجبُ إظهاراً على فَوتِ نعمةِ النكاح، وقد أوحَشها بالإبانةِ فلا يُتأسَّفُ، ولنا: ما رويَ: أنَّه عليه السَّلام نهى المعتدَّةَ أن تختضِبَ بالحِنَّاءِ، وقال: «الحِنَّاءُ طِيبٌ»[5]، ولأنَّه لمَّا وجَبَ تأسُّفاً على

---

(١) في (ش): «خصوصا الشّيخ الإمام العالم المحقق»، قوله: «العالم المحقق» في (ف) عليه إشارة نسخة.

(٢) في (ش): «النّظر».

(٣) رواه البخاري (١٢٢١)، ومسلم (١٤٨٦) من حديث أم حبيبة رضي الله عنها.

(٤) انظر: «الحاوي الكبير» (١١/ ٢٧٥).

(٥) رواه الطبراني في «المعجم الكبير» (٢٣/ ٤١٨) (١٠١٢)، والبيهقي في «معرفة السنن» (٩٦٨٩) =

فوتِ نعَمِ النكاحِ الذي هو سببُ صَونِها وكفايةُ مؤنتها، والإبانةُ أقطعُ لها من الموتِ، حتى جازَ لها غَسلُ الميِّتِ دونه.

في «المغرب»: حِدادُ المرأة تركُ زينتِها وخِضَابِها بعد وفاةِ زوجها؛ لأَنَّها مُنعَت منه، أو منعَتْ نفسَها، وقد أحدَّتْ إحداداً[١].

قلتُ: فالحاصلُ أنَّ استعمالَ كلا اللفظَين جائزٌ.

قال: (**بترْكِ الطِّيبِ وَالزِّينَةِ وَالكُحْلِ وَالدُّهْنِ إلَّا مِنْ عُذْرٍ**) لِما مرَّ من الحديثِ، والمعنى، والثاني: أن هذه الأشياءَ دواعي الرغبةِ، فمُنِعَتْ منها كيلا تقعَ في المحرَّم.

وقوله: «إلا من عذر» أي: من عُذرِ الداء.

(جـص): إلا من وجَعٍ، ولو اعتادَتِ الدُّهنَ فخافَتْ وجَعًا، فإن كان أمراً ظاهراً: يُباحُ لها.

(هـ)[٢]: وكذا لبسُ الحريرِ إذا احتاجَتْ إليه لعذرٍ.

قال: (**وَلَا تَختَضِبُ بِالْحِنَّاءِ**) لما مرَّ.

قال: (**وَلَا تَلْبَسُ ثَوْبًا مَصْبُوغًا بِعُصْفُرٍ وَلَا زَعْفَرَانٍ**) لأنَّه يفوحُ منه رائحةُ الطِّيبِ.

قال: (**وَلَا إحْدَادَ عَلَى كَافِرَةٍ وَلَا صَغِيرَةٍ**) وقال الشافعيُّ: عليهما الإحدادُ كالبالغةِ المسلمَةِ[٣]، ولنا: أنَّهما لا تُخاطَبانِ بالشرائعِ.

= من حديث أم سلمة رضي الله عنها: «لا تطيبي وأنت محرمة، ولا تمسي الحناء فإنه طيب». وضعف البيهقي إسناده بابن لهيعة. وانظر: «نصب الراية» (٣/ ١٢٤)..

(١) انظر: «المغرب في ترتيب المعرب» (ص: ١٠٧).

(٢) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٢/ ٢٧٨).

(٣) انظر: «الحاوي الكبير» (١١/ ٢٨٣).

قال: (وَعَلَى الأَمَةِ الإِحْدَادُ) لأنَّها مخاطبةٌ بحقوقِ الله تعالى فيما ليسَ فيه إبطالُ حقِّ المولى بخلافِ المنعِ من الخروجِ.

قال: (وَلَيْسَ فِي عِدَّةِ النِّكَاحِ الفَاسِدِ، وَلَا فِي عِدَّةِ أُمِّ الوَلَدِ إِحْدَادٌ) لأنَّهما ما فاتَهما نعمةُ النكاحِ حتى يلزمَها التأسُّف.

وَلَا يَنْبَغِي أَنْ تُخْطَبَ الْمُعْتَدَّةُ، وَلَا بَأْسَ بِالتَّعْرِيضِ فِي الْخِطْبَةِ، وَلَا يَجُوزُ لِلْمُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ وَالْمَبْتُوتَةِ الْخُرُوجُ مِنْ بَيْتِهَا لَيْلًا وَلَا نَهَارًا، وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا: تَخْرُجُ نَهَارًا وَبَعْضَ اللَّيْلِ، وَلَا تَبِيتُ فِي غَيْرِ مَنْزِلِهَا.

وَعَلَى الْمُعْتَدَّةِ أَنْ تَعْتَدَّ فِي الْمَنْزِلِ الَّذِي يُضَافُ إِلَيْهَا بِالسُّكْنَى حَالَ وُقُوعِ الْفُرْقَةِ، وَإِنْ كَانَ نَصِيبُهَا مِنْ دَارِ الْمَيِّتِ يَكْفِيهَا: فَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَخْرُجَ إِلَّا مِنْ عُذْرٍ، وَإِنْ كَانَ نَصِيبُهَا مِنْ دَارِ الْمَيِّتِ لَا يَكْفِيهَا فَأَخْرَجَهَا الْوَرَثَةُ مِنْ نَصِيبِهِمْ: انْتَقَلَتْ.

قال: (وَلَا يَنْبَغِي أَنْ تُخْطَبَ الْمُعْتَدَّةُ، وَلَا بَأْسَ بِالتَّعْرِيضِ فِي الْخِطْبَةِ) لقولِه تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ﴾ إلى أن قال: ﴿وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّآ أَن تَقُولُوا۟ قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾ [البقرة: ٢٣٥]، قال عليه السَّلامُ: «السِّرُّ النِّكاحُ»[1]، وقال ابنُ عباسٍ: التعريضُ أن يقولَ: إني أريدُ أن أتزوَّجَ[2]، وقال سعيدُ بنُ جُبيرٍ في القول المعروف: إني فيكِ لَراغبٌ، وإني أريدُ أن نجتمِعَ[3].

وفي «المغرِب»: التعريضُ خلافُ التصريحِ، والفرقُ بينه وبين الكنايةِ أنَّ التعريضَ تضمينُ الكلامِ دَلالةً ليس لها فيه ذِكرٌ، كقولك: ما أقبحَ البُخلَ تعرِّضُ بأنَّه بخيلٌ، والكِنايةُ

---

(١) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٢٦٢): غريب.

(٢) رواه الثوري في «تفسيره» (١/ ٦٩)، والطبري في «تفسيره» (٤/ ٢٦٢).

(٣) انظر: «أحكام القرآن» للجصاص (١/ ٥١١).

ذِكرُ الرَّديفِ وإرادةُ المردوفِ، كقولك: فلانٌ طَويلُ النِّجادِ كثيرُ الرَّمادِ؛ أي: طويلُ القامةِ مِضيافٌ[١].

قال: (وَلَا يَجُوزُ لِلْمُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ وَالمَبْتُوتَةِ الخُرُوجُ مِنْ بَيْتِهَا لَيْلًا وَلَا نَهَارًا) لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [الطلاق: ١]، (هـ)[٢]: قيل: الفاحشةُ نفسُ الخروجِ، وقيل: الزِّنا، فيُخرَجنَ لإقامة الحدِّ.

(شط): المعتدَّةُ عن طلاقٍ لا تخرجُ عن المسكَنِ الذي كانت تسكُنُه يومَ الطلاق إلا أن تخافَ سقوطَها، أو على نفسِها ومالها، أو لا تقدِرَ على الأجرِ إن كانت تسكُنُ بكِراءٍ وزوجُها غائبٌ، ولو طلَّقَها[٣] في غيرِ مسكنِها: تعودُ إلى مسكَنِها بغيرِ تأخيرٍ.

قال: (وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا: تَخْرُجُ نَهَارًا، وَبَعْضَ اللَّيْلِ) لأنَّه لا نفقةَ لها، فتحتاجُ إلى الخروج نهاراً لطلَبِ المعاش، وقد يهجُمُ عليها الليلُ، ولا كذلك المطلَّقة؛ لأنَّ النفقةَ دارَّةٌ عليها من مالِ زوجِها، وفي المختلِعةِ على نفقة العدَّةِ اختلافُ المشايخ.

قال: (وَلَا تَبِيتُ فِي غَيْرِ مَنْزِلِهَا) لعدمِ الضرورةِ فيه.

(ك): وعن محمدٍ: لا بأسَ أن تنامَ في غير بيتِها أقلَّ من نصفِ الليلِ؛ لأنَّ المعتبَرَ في البيتوتةِ أكثرُ الليلِ.

قال: (وَعَلَى الْمُعْتَدَّةِ أَنْ تَعْتَدَّ فِي الْمَنْزِلِ الَّذِي يُضَافُ إِلَيْهَا بِالسُّكْنَى حَالَ وُقُوعِ الْفُرْقَةِ) لِما تلَونا من الآيةِ.

---

(١) انظر: «المغرب في ترتيب المعرب» (ص: ٣١١).

(٢) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٢/ ٢٧٩).

(٣) في (ج): «طلقت».

في «شرح الكافي»: لا تسقُطُ السُّكنى بالخُلعِ على أنْ لا سُكنى لها حتى تختلِعَ على أنَّ مؤنةَ السُّكنى عليها، فتستأجِرُ من الزوجِ حينَئذٍ مسكنَها.

(شط): والمعتدَّةُ عن نكاحٍ فاسدٍ لا تُمنَعُ لأنَّ مِلكَ الحبس غيرُ ثابتٍ، والكتابيةُ تخرُجُ لأنَّها لا تُخاطَبُ بحقوقِ الشرعِ، ولزوجِها منعُها لصيانةِ مائه والصغيرةُ والمجنونةُ والمعتوهةُ كالكتابيَّة.

وإذا وجب الاعتدادُ في منزل الزوج لا بأسَ بأن يسكُنا في بيتٍ واحدٍ إذا كان عَدْلاً، سواءٌ كان الطلاقُ رجعياً أو بائناً أو ثلاثاً، والأفضلُ أن يُحالَ بينهما في البينونةِ بستر إلا أن يكونَ الزوجُ فاسقاً، يُحالُ بامرأةٍ ثقةٍ تقدِرُ على الحيلولةِ بينهما، وإن لم تقدِرْ فلتخرُجْ هي وتعتدَّ في منزلٍ آخر، وكذا لو ضاقَ البيتُ، وإن خرجَ هو كان أولى.

(بس)[1]: لهما أن يسكُنا بعد الثلاثِ[2] في بيتٍ إذا لم يلتَقيا التقاءَ الأزواج، ولم يكُنْ فيه خوفُ فِتنةٍ.

قال: (وَإِنْ كَانَ نَصِيبُهَا مِنْ دَارِ الْمَيِّتِ لا يَكْفِيهَا فَأَخْرَجَهَا الْوَرَثَةُ مِنْ نَصِيبِهِمْ: انْتَقَلَتْ) لمكان الضرورة.

(جت): ولو أصابها من المنزلِ ما يكفيها استترَتْ من الأجانب وأولادِه[3] الكبار، وكذا في الطلاق البائن، وقيل: إن كانا في الخيمةِ: لم تنتقِلْ.

---

(١) في (ص) و(ش): «جص».

(٢) في (ش): «بعد الطلاق».

(٣) في هامش (ج): «أي: الزوج».

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُسَافِرَ الزَّوْجُ بِالْمُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ.

وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ طَلَاقًا بَائِنًا، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا فِي عِدَّتِهَا، وطَلَّقَهَا قَبْلَ أنْ يدخلَ بها: فَعَلَيْهِ مَهْرٌ كَامِلٌ، وَعَلَيْهَا عِدَّةٌ مُسْتَقْبَلَةٌ عِنْدَهُمَا، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ وَعَلَيْهَا تَمَامُ الْعِدَّةِ الْأُولَى.

وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ الْمُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِسَنَتَيْنِ، أَوْ أَكْثَرَ مَا لَمْ تُقِرَّ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا، وإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ بَانَتْ مِن زوجِها، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ: ثَبَتَ نَسَبُهُ، وَكَانَتْ رَجْعَةً.

وَالْمَبْتُوتَةُ يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِتَمَامِ سَنَتَيْنِ مِنْ يَوْمِ الْفُرْقَةِ: لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَهُ، وَيَثْبُتُ نَسَبُ ولدِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا: مَا بَيْنَ الْوَفَاةِ وَبَيْنَ سَنَتَيْنِ.

قال: (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُسَافِرَ الزَّوْجُ بِالْمُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ) معناه: إذا لم يقصِدْ به المراجَعةَ، وقال زُفرُ: يجوزُ لأنَّه رَجعةٌ، ولنا قوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١][1] ولأنَّ المسافرَةَ بالمرأةِ لا تختصُّ بالنكاحِ، فلم تكُنْ رَجعةً، فربما يوجَدُ منه ما يصيرُ به مراجِعاً من غيرِ قصدٍ، ثم يطلِّقُها فيطوِّلُ عدَّتَها.

(جص): ولو خرجت مع زوجِها إلى مكةَ، فأبانها أو مات؛ فإن كان إلى مصرِها دونَ السفرِ، وكذا إلى مقصِدِها: رجعَت أو مضَتْ بمحرَمٍ أو غيرِه[2]، كانت في الطريقِ أو في مصرٍ[3]، والرجوعُ أَولى، وإن كان أحدُ الجانبَين دونَ السفرِ تميلُ إليه، وإن كان

---

(١) في (ف) زيادة: «ولا يخرجن».

(٢) في (ش): «أو غير محرم».

(٣) في (ش): «أو في غير مصر».

كلاهما سفَراً أو هي في غيرِ المصرِ: رجعَتْ أو مضَتْ بمحرَمٍ أو غيرِه للضرورةِ، وإن كانت في مِصرٍ: لم تخرُجْ إلا بمحرَمٍ بعد العِدَّة؛ لأنَّها تُمنعُ من الخروجِ أصلاً، وقالا: لها أن تخرُجَ بمحرَمٍ في العِدَّةِ دفعاً لضررِ الغُربةِ.

قال: (**وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ طَلَاقًا بَائِنًا، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا فِي عِدَّتِهَا وطَلَّقَهَا قَبْلَ أنْ يدخلَ بها: فَعَلَيْهِ مَهْرٌ كَامِلٌ، وَعَلَيْهَا عِدَّةٌ مُسْتَقْبَلَةٌ عِنْدَهُمَا. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ وَعَلَيْهَا تَمَامُ الْعِدَّةِ الْأُولَى**) وقال زُفرُ: لا عِدَّةَ عليها وعليه نصفُ المهرِ؛ لأنَّ العدةَ الأولى سقطَتْ بالتزوُّجِ، والثانيةَ لم تجِبْ لعدمِ الدخولِ، وقال تعالى: ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩].

ولمحمدٍ أنَّه طلاقٌ قبلَ المسيسِ[١]، فلا يوجِبُ كمالَ المهرِ، ولا استئنافَ العِدةِ، وإنما تكمِلُ العدةَ الأولى؛ لأنَّها امتنعَتْ بالنكاحِ، فلمَّا طلَّقَها ظهَرَ حُكمُها، فتُتِمُّها، ولهما: أنَّها مقبوضةٌ في يده حقيقةً بالوطء الأول، وبقيَ أثرُه وهي العدَّةُ، فإذا جدَّدَ النكاحَ وهي مقبوضةٌ ناب ذلك القبضُ عن القبضِ المستحَقِّ في هذا النكاحِ، كالغاصبِ يشتري المغصوبَ الذي في يدِه، يصيرُ قابضاً بمجرَّدِ العقدِ، فثبت أنَّه طلاقٌ بعد الدخولِ، فتجِبُ العِدةُ والمهرُ، ولأنَّه طلَّقَها ورحِمُها مشغولةٌ بمائه جزماً أو ظاهراً: فتجِبُ العدةُ والمهر.

قال: (**وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ الْمُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِسَنَتَيْنِ، أَوْ أَكْثَرَ مَا لَمْ تُقِرَّ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا**) لاحتمال امتدادِ طُهرِها وحصولِ العُلوقِ في عِدَّتِها.

قال: (**وإنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ بَانَتْ مِن زوجِها**) لانقضاء العِدَّةِ، ويثبتُ نسَبُ ولدِها لحصولِ العلوقِ قبل الطلاق أو في العِدَّة.

---

(١) في (ش): «المساس».

قال: (وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ: ثَبَتَ نَسَبُهُ، وَكَانَتْ رَجْعَةً) لأنَّ العُلوقَ بعدَ الطلاقِ، والظاهرُ أنَّه منه لانتفاءِ الزِّنا منها ظاهراً، فيصيرُ بالوطءِ مُراجِعاً.

قال: (وَالْمَبْتُوتَةُ يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ) لأنَّه يحتمِلُ أن يكونَ الولدُ قائماً وقتَ الطلاقِ، فلم يُتيقَّنْ بزوالِ الفِراشِ، فيثبُتُ النسبُ احتياطاً، (وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِتَمَامِ سَنَتَيْنِ مِنْ يَوْمِ الْفُرْقَةِ: لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَهُ).

(شس)[1]: «للمختَصَر»: هذا عندَ أبي يوسُفَ، فأمَّا[2] عندهما: يثبُتُ النسبُ وإن لم يدَّعِ؛ لاحتمالِ الوطءِ بشُبهةٍ في العِدَّةِ.

(شق): الأصلُ فيه أنَّ أقلَّ مدَّةِ الحملِ ستةُ أشهرٍ؛ لقولِه تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥]، وقد تعيَّنَ السنتانِ للفِصالِ؛ لقولِه تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، فيبقَى للحملِ ستةُ أشهُرٍ، كذا قاله ابنُ عباسٍ رضي الله عنه[3]، وأكثرُ مدَّةِ الحملِ سنتان عندنا، وقال الشافعيُّ: أربعُ سنين[4]، لأنَّ هَرِمَ بنَ حيَّانَ مكَثَ في بطنِ أمِّه أربعَ سنين[5]، ولنا: ما رويَ عن عائشةَ رضي الله عنها أنَّها قالت: «لا يبقى الولدُ في رحِمِ أمِّه أكثرَ من سنتَين ولو بفَلْكةِ مِغزَلٍ»[6]، وإنه لا يُعرفُ إلا بالتوقيفِ، فكان المرويُّ عنها كالمرويِّ عن النبي ﷺ، وحكايةُ الهرِم وغيرِه محتمِلةٌ.

---

(١) انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٧/ ٤٣).

(٢) في (ش): «وأما».

(٣) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (٧/ ٢٩٨)، وسعيد بن منصور في «سننه» (٢٠٧٥)، وابن أبي حاتم في «تفسيره» (٢/ ٤٢٨)، والطبري في «تفسيره» (٥/ ٣٤).

(٤) انظر: «الحاوي الكبير» (١١/ ٢٠٥).

(٥) رواه الثعلبي في «تفسيره» (١٥/ ٢٢٨).

(٦) رواه الطبري في «تفسيره» (١٦/ ٣٦٤)، والدارقطني في «سننه» (٣٨٧٥)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٥٥٥٢).

(ك): الأصلُ أنَّ كلَّ موضِعٍ كان الوطءُ مباحاً يُجعَلُ مدَّةُ الحملِ لأقلَّ وهي ستةُ أشهرٍ، إلا إذا أدَّى إلى إثباتِ رَجعَةٍ أو استحقاقِ مالٍ بالشكِّ، فيجعلُ لأكثَرَ، وكلُّ موضعٍ كان محظوراً يجعل لسنتين؛ لأنَّه يحمِلُ أمرَ[1] المسلم على الصَّلاحِ ما أمكنَ.

قال: (ويَثْبُتُ نَسَبُ ولدِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا مَا بَيْنَ الْوَفَاةِ وَبَيْنَ سَنَتَيْنِ) لِما بينَّا، وقال زُفرُ: إذا جاءت به بعد انقضاءِ عِدةِ الوفاةِ لستةِ أشهرٍ: لا يثبُتُ، كالمعترفةِ بالانقضاءِ، ونحن نقولُ: احتمالُ الحملِ ثابتٌ: فلم تتعيَّنْ الأشهرُ.

وَإِذَا اعْتَرَفَتِ الْمُعْتَدَّةُ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا، ثُمَّ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ: ثَبَتَ نَسَبُهُ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ: لَمْ يَثْبُتْ.

وَإِذَا وَلَـدَت الْمُعْتَـدَّةُ وَلَدًا لَمْ يَثْبُتْ نَسَـبُهُ عِنْـدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلَّا أَنْ يَشْـهَدَ بِوِلَادَتِهَا رَجُـلَانِ أَوْ رَجُـلٌ وَامْرَأَتَـانِ، إِلَّا أَنْ يَكُـونَ هُنَـاكَ حَبـلٌ ظَاهِـرٌ، أَوْ اعْتِـرَافٌ مِـنْ قِبَـلِ الـزَّوْجِ: فَيَثْبُـتُ النَّسَـبُ بغَيْرِ شَـهَادَةٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّـدٌ: يَثْبُتُ فِـي الْجَمِيعِ بِشَـهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ.

قال: (وَإِذَا اعْتَرَفَتِ الْمُعْتَدَّةُ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا، ثُمَّ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ: ثَبَتَ نَسَبُهُ) قلتُ: معناه: من وقتِ الإقرارِ؛ لأنَّه ظهرَ كذِبُها بيقينٍ: فبطَلَ إقرارُها، وإنْ جاءَتْ به لستَّةِ أشهرٍ: لم يثبُتْ؛ لاحتمالِ العُلوقِ بعدَ الإقرارِ: فبقيَ الإقرارُ صحيحاً.

(هـ)[2]: وهذا اللفظُ بإطلاقِه يتناوَلُ كلَّ معتدَّةٍ.

(جص هـ)[3]: وإن كانت المبتوتةُ صغيرةً يُجامَعُ مثلُها، فجاءت بولد لتسعةِ أشهرٍ: لم يلزَمْه حتى تأتيَ به لأقلَّ منه، وقال أبو يوسُفَ: يثبُتُ إلى سنتَين كالبالغة، ولهما:

---

(١) في (ج): «حال».

(٢) انظر: «الهداية» (٢/ ٢٨١).

(٣) انظر: «الهداية» (٢/ ٢٨٠).

أنَّ ثلاثةَ أشهرٍ جهةٌ متعيِّنةٌ لانقضاء عدَّتِها، فصار كإقرارِها بانقضائها، ولو كان رجعياً، فكذلك عندهما يثبتُ إلى سبعةٍ وعشرينَ شهراً؛ لأنَّه يُجعلُ واطئاً في آخرِ العِدَّة، ولو ادَّعتِ الحبَلَ في العدةِ فهي والبالغةُ سواءٌ.

قال: (**وَإِذَا وَلَدَت الْمُعْتَدَّةُ وَلَدًا: لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ بِوِلَادَتِهِ رَجُلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ حَبلٌ ظَاهِرٌ، أَوْ اعْتِرَافٌ مِنْ قِبَلِ الزَّوْجِ: فَيَثْبُتُ النَّسَبُ بغَيْرِ شَهَادَةٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَثْبُتُ فِي الجَمِيعِ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ**) لأنَّ الفراشَ قائمٌ بقيامِ العِدَّة، وإنه ملزِمٌ للنسَب، والحاجةُ إلى تعيين الولدِ، فيتعيَّنُ بشهادَتِها كما في حالِ قيامِ النِّكاحِ، ولأبي حنيفةَ: أنَّ العدَّةَ تنقَضِي بإقرارِها بوَضعِ الحملِ، والمقتضَى ليس بحُجَّةٍ، فكانت الحاجةُ إلى إثباتِ النسبِ ابتداءً، فيشترَطُ كمالُ الحجَّة، بخلافِ ما إذا ظهَرَ الحملُ أو اعترَفَ؛ لأنَّ النسبَ ثابتٌ قبلَ الولادَةِ، والتَّعينُ يثبتُ بشهادتِها.

وَإِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً، فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ تَزَوَّجَهَا: لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا: ثَبَتَ نَسَبُهُ منهُ إِنِ اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْجُ أَوْ سَكَتَ، وَإِنْ جَحَدَ الْوِلَادَةَ: ثَبَتَ نَسَبُهُ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ تَشْهَدُ بِالْوِلَادَةِ.

وَأَكْثَرُ مُدَّةِ الْحَمْلِ سَنَتَانِ، وَأَقَلُّهُ سِتَّةُ أَشْهُرٍ، وَإِذَا طَلَّقَ الذِّمِّيُّ الذِّمِّيَّةَ: فَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا، وإِنْ تَزَوَّجَتْ الْحَامِلُ مِن الزِّنَا: جَازَ النِّكَاحُ، وَلَا يَطَؤُهَا حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا.

قال: (**وَإِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً، فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ**[1] **يَوْمِ تَزَوَّجَهَا: لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ**) لأنَّ العلوقَ سابقٌ على نكاحِها لِما بينَّا.

قال: (**وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا: ثَبَتَ نَسَبُهُ منهُ إِنِ اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْجُ أَوْ سَكَتَ**) لِما بينَّا من الأصلِ.

---

(١) في (ج): «منذ».

(جص هـ)[1]: ولو اختلفا، فقال: تزوجتُها منذ أربعةِ أشهرٍ، وقالت: منذ ستة أشهُرٍ: فالقولُ لها، والحلِفُ على الاختلاف، ولو علَّقَ طلاقَها بالولادةِ: لا تُقبلُ شهادةُ الواحدِ[2] عنده، خلافاً لهما.

قال: (**وَإِنْ جَحَدَ الْوِلَادَةَ: ثَبَتَ نَسَبُهُ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ تَشْهَدُ بِالْوِلَادَةِ**) لأنَّ شهادة الواحدةِ حُجَّةٌ فيما لا يطَّلعُ عليه الرجالُ، قال عليه السَّلام: «شهادةُ النساءِ جائزةٌ فيما لا يستطيعُ الرجالُ النظرَ إليه»[3].

قال: (**وَأَكْثَرُ مُدَّةِ الحَمْلِ سَنَتَانِ، وَأَقَلُّهُ سِتَّةُ أَشْهُرٍ**) لما بينَّا.

قال: (**وَإِذَا طَلَّقَ الذِّمِّيُّ الذِّمِّيَّةَ: فَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا**) لأنَّ العدةَ حقُّ الله تعالى، وهي لا تخاطَبُ بحقوقِ الله تعالى.

(هـ)[4]: وكذا إذا خرجَتِ الحربيةُ إلينا مسلمةً، فإن تزوَّجَتْ: جازَ إلا أن تكونَ حاملاً، وهذا عندَ أبي حنيفةَ، وقالا: عليها وعلى الذِّمِّيةِ العدَّةُ.

قال: (**وإنْ تَزَوَّجَتْ الْحَامِلُ مِن الزِّنَا: جَازَ النِّكَاحُ، وَلَا يَطَؤُهَا حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا**) وقال أبو يوسُفَ وزُفرُ: لا يجوزُ كالمهاجِرَة، ولهما: أنَّه لو مُنعَ لَمُنعَ[5] لحقِّ الزاني، ولا حقَّ له، ثمَّ إذا جاز النكاحُ: لا يطؤها حتى تضَعَ حملَها؛ لقولِه عليه السَّلام: «لا يسقيَنَّ أحدُكم ماءَه زرعَ غيرِه»[6].

---

(١) انظر: «الهداية» (٢/ ٢٨٢).

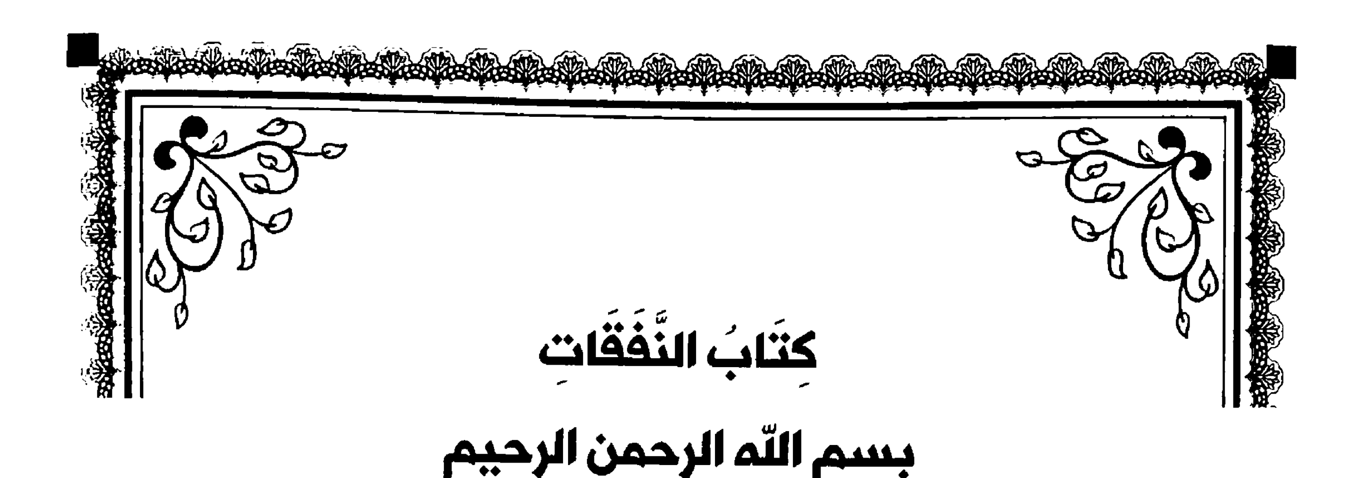
(٢) في (ش): «الواحدة».

(٣) رواه محمد في «الأصل» (١١/ ٥١٩ / قطر) عن سعيد بن المسيب وعطاء بن أبي رباح وطاوس مرسلًا.

(٤) انظر: «الهداية» (٢/ ٢٧٧).

(٥) في (ج): «يمنع».

(٦) رواه أبو داود (٢١٥٨) عن رويفع بن ثابت الانصاري بلفظ: «لا يحلُّ لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءَه زرعَ غيرِه».



كِتَابُ النَّفَقَاتِ

بسم الله الرحمن الرحيم

الأصلُ في وجوبِ النفقةِ بسببِ الزوجيةِ والقرابةِ النصوصُ الواردةُ فيها، منها قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [الطلاق: ٧]، وقال: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، وقال: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] إذا عرفنا هذا:

النَّفَقَةُ وَاجِبَةٌ لِلزَّوْجَةِ عَلَى زَوْجِهَا مُسْلِمَةً كَانَتْ أَوْ كَافِرَةً إِذَا سَلَّمَتْ نَفْسَهَا فِي مَنْزِلِهِ: فَعَلَيْهِ نَفَقَتُهَا، وَكِسْوَتُهَا، وَسُكْنَاهَا، ويُعْتَبَرُ ذَلِكَ بِحَالِهِمَا جَمِيعًا، مُوسِرًا كَانَ الزَّوْجُ أَوْ مُعْسِرًا، وَإِن امْتَنَعَتْ مِنْ تَسْلِيمِ نَفْسِهَا حَتَّى يعطِيَهَا مَهْرَهَا: فَلَهَا النَّفَقَةُ، فَإِنْ نَشَزَتْ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا حَتَّى تَعُودَ إِلَى مَنْزِلِهِ.

قال الشيخ رحمه الله: (**النَّفَقَةُ وَاجِبَةٌ لِلزَّوْجَةِ عَلَى زَوْجِهَا مُسْلِمَةً كَانَتْ أَوْ كَافِرَةً إِذَا سَلَّمَتْ نَفْسَهَا فِي مَنْزِلِهِ: فَعَلَيْهِ نَفَقَتُهَا، وَكِسْوَتُهَا، وَسُكْنَاهَا**) لِما تلونا، ولقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، ولأن النفقةَ جزاءُ الاحتباسِ، فكلُّ مَن كانَ محبوساً لحقٍّ مقصودٍ كانت نفقَتُه عليه، كالقاضي والعاملِ في[1] الصَّدقاتِ، وأما السُّكنى فلقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦]، وفي قراءة ابن مسعود: (وأنفقوا عليهن من وجدكم)[2]

(١) في (ج): «على».

(٢) انظر: «تفسير الماتريدي» (١٠/ ٦٤).

وقـال عليه السـلام: «أُوصيكم بالنسـاءِ خيـراً» إلى أن قـال: «وإنَّ لهنَّ عليكـم نفقتَهنَّ وكِسـوتَهنَّ بالمعـروف»[١].

قال: (ويُعْتَبَرُ ذَلِكَ بِحَالِهِمَا جَمِيعًا، مُوسِرًا كَانَ الزَّوْجُ أَوْ مُعْسِرًا) (هـ)[٢]: وهذا اختيارُ الخصَّافِ، وعليه الفتوى، وتفسيرُه: أنَّهما إنْ كانا موسِرَين تجبُ نفقةُ اليسار، وإن كانا معسِرَين فنفقةُ الإعسارِ، وإن كانت معسِرةً والزوجُ موسِرٌ ـ قلتُ: أو على عكسِه ـ فنفقَتُه دونَ نفقةِ الموسِراتِ وفوقَ نفقةِ المعسرات.

وقال الكَرخيُّ: يعتبَرُ حالُ الزوجِ، وبه الشافعيُّ[٣] لقولِه تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [الطلاق: ٧].

وجهُ الأولِ: قولُه عليه السَّلام لهندٍ امرأةِ أبي سفيانَ: «خُذي من مال زوجِك ما يكفيكِ وولدَكِ بالمعروف»[٤]، فاعتبَرَ عليه السَّلامُ كفايتَها، والمعروفُ الوسَطُ، وهو الواجبُ، وبه تبيَّنَ أنَّه لا معنى للتقدير الذي ذهبَ إليه الشافعيُّ أنَّه على الموسِرِ مُدَّانِ وعلى المعسِرِ مُدٌّ، وعلى المتوسِّطِ مُدٌّ ونصفٌ[٥]؛ لأنَّ ما وجبَ كفايةً لا يتقدَّرُ شرعاً في نفسِه.

(بط): ثمَّ في ظاهرِ الروايةِ الأصلُ المعتبَرُ فـي النَّفقةِ حـالُ الزوجِ فـي اليسارِ والإعسارِ، وهكذا في (قد) ثم ذكَرَ قولَ الخصَّاف على ما مرَّ، وذكَرَ فيما إذا كان أحدُهما موسِراً والآخَرُ معسِراً أن يُطعِمَها خُبزَ البُرِّ وباجَّةً أو باجَّتَين.

---

(١) رواه مسلم (١٢١٨) من حديث جابر بن عبد الله بلفظ: «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف».

(٢) انظر: «الهداية» (٢/ ٢٨٥).

(٣) انظر: «كفاية الأخيار» (ص: ٤٤١).

(٤) رواه البخاري (٥٣٦٤) بلفظ: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف».

(٥) انظر: ««كفاية الأخيار» (ص: ٤٤٢).

(شب): عن الخصَّاف: إذا كان الزوجُ موسِراً وهي فقيرةٌ، يُقضى عليه نفقةُ مثلِها لا مثله، وقال القاضي صدرُ الإسلام في «شرحه»: والنفقةُ هو الخبزُ واللحمُ ودُهنُ الرأسِ ودُهنُ السِّراجِ وثمنُ الماء.

وفي (ن): من الفواكِه يُفرَضُ لها شيءٌ من الفواكه، وعلى المعسِرِ من الطعامِ خبزُ الشعيرِ إذا كان ذلك طعامَ فقرائهم، وعشَرةُ أساتير من اللحمِ، وخمسةُ أساتيرَ من الشَّحمِ أو الأليةِ، ولا شيءَ لها من الفواكِه، وإن كان موسِراً مُثرياً يفرَضُ لها بالخبزِ الحُوَّارَى وبنصفِ مَنٍّ مِن اللحمِ أو أكثر، وبباجَتَين أو ثلاثٍ، وبالفواكه في كلِّ حينٍ، ثم إن شاء فرَضَ بها، وإن شاء قوَّمَها وفرَضَ بالقيمةِ.

(شس)[1]: وإذا طالبت[2] بالفرضِ وهو حاضرٌ صاحبُ مائدةٍ وطعامٍ كثيرٍ تتمكَّنُ من تناولِه قدْرَ كفايتِها، فليس لها المطالَبَةُ بالفرض.

(ط): إذا طالبته بالفرضِ يأمُرُ القاضِي زوجَها بالإنفاقِ عليها، إلا إذا ظهر للقاضي مَطلُه وظُلمُه: يفرِضُ لها في كلِّ شهرٍ، فإن امتنع وقدَّمَته مِراراً: نصَحَه، فإن لم ينجَعْ فيه وعظُه: حبَسَه.

(ص): وإذا طلبَتَ أن تفرِضَ للولد معها فرَضَ عليه للصَّغارِ والنساءِ والرجالِ الزَّمنَى، وتُدفعُ نفقةُ الصغار إليها، والكبارِ إليهم، قال صدرُ الإسلام: إنما تُدفعُ نفقةُ الصغارِ إلى الأمِّ إذا كانت أمينةً، وإلا تُدفعُ إلى أمينةٍ لتُنفقَ عليهم.

(طه): والجوابُ في الكِسْوةِ كالجواب في النفقةِ، واعتبارُ حالِهما في اليسارِ والإعسارِ، يفرضُ لها من الكسوةِ للشتاءِ والصَّيفِ ما يَكفِيها بالمعروفِ، غير أنَّه يفرِضُ

---

(١) انظر: «المبسوط» (٥/ ١٨١).

(٢) في (ج): «طالبته».

الكِسوةَ لكلِّ ستةِ أشهرٍ، والنفقةَ لكلِّ شهرٍ، فإذا امتنَعَ وطالبَتْه بنفقةِ كلِّ يومٍ فإنما يُطلبُ عند المساء.

(شس)[1]: ما ذكر محمدٌ من فرضِ النفقةِ كلَّ شهرٍ ليس بلازمٍ، إنما ذلك على عاداتِهم، وقيل: يعتبَرُ ذلك بحَال الرجلِ، فإن كان محترِفاً فيوماً فيوماً، وإن كان من التجَّارِ فشهراً فشهراً، وفي الدهَاقينَ فسنةً فسنة.

(ط): وإذا فرَضَ لها ما تحتاج من الدَّقيقِ ونحوِه، فقالت: لا أخبِزُ ولا أطبُخُ: لم تُجبَرْ عليه، وعليه أن يأتيَها بمَن يكفيها.

(ث ف): هذا إذا كانت من الأشرافِ أو لا تقدِرُ عليها، فأمَّا إذا قدَرَتْ وهي ممَّن تخدِمُ بنفسِها: لا يجبُ على زوجِها ذلك.

(شس): امتنعَتْ من الطبخِ، فلزوجِها أن يمتنِعَ من الإدامِ والفواكِه، إلا أنَّه لا بدَّ في خبزِ الشعيرِ من الإدامِ، ولا يُجبَرُ، ومتى أقامت الأعمالَ في البيتِ تؤمَرُ بأداءِ هذه الأشياءِ ديانةً لا جبراً، وخادمتُها إذا امتنعَتْ من هذه الأعمال لا تستَحِقُّ النفقةَ على زوجِ مَولاتِها.

(بط ص): الكِسوةُ على المعسِرِ في الشتاء دِرعٌ يهوديٌّ، ومِلحَفةٌ زُطيَّةٌ، وخمارٌ سابِريٌّ، وكِساءٌ كأرخصِ ما يكونُ مما يدفِّئُها، وعلى الموسِرِ في الشتاء دِرعٌ يهوديٌّ أو هَرَويٌّ، ومِلحَفةٌ ديرزورية، وخمارُ إبرَيسَمٍ وكِساءٌ أنبجاني.

ولها في الصيفِ دِرعٌ سابُريٌّ[2]، ومِلحَفةُ كَتَّانٍ، وخِمارُ إبرَيسَمٍ، قيل في تفسير المِلحَفة: غطاءُ الليل، وقيل: المِلاءةُ التي تُلبسُ عند الخروجِ، وذكر الخصَّافُ في

(١) انظر: «المبسوط» (٥/ ١٨٤).

(٢) السابري: نوع من الثياب يعمل بسابور، موضع بفارس.

الكسوةِ الشتائيةِ الإزارَ دونَ محمدٍ بناءً على عُرفِ ديارِهما، وقال عامَّةُ المشايخ: ذاك في ديارِهم، أمَّا في ديارنا يُقضى بالإزار صيفاً وشتاءً، وبالجُبةِ ونحوِها، وفراشٍ تنامُ عليه، أو مضرَّبة دونَ المكعَّب والخفَّين؛ لأنَّها آلةُ الخروج، وهي مَنهيَّةٌ عنه، قال: ثم ذلك يختلِفُ باختلاف الأماكن والعادات، فيجِبُ على القاضِي اعتبارُ الكفايةِ بالمعروفِ في كلِّ وقتٍ ومكانٍ.

(شصد): ويقضِي بالكِسْوةِ لكلِّ ستةِ أشهرٍ على عادتهم[1]، أمَّا في بُخارى يقضي في الصيفِ بالقميص والسراويلِ والمِقنَعةِ والسراغج، ويفرِضُ المكعَّبَ والخُفَّ والملاءةَ لكلِّ ستةِ أشهرٍ؛ لأنَّها لا تلبَسُها إلا عندَ الخروجِ، ويُزادُ في الشتاء المجولُ[2] والجبةُ والفرجي المحشو، إلا أنَّ في المعسِرِ يَقضِي بالكِرباسِ الخماسيِّ والسُّداسيِّ والمكعَّبِ والخُفِّ من الصرمِ والجُبَّةِ والفرجي من البرد[3].

وفي الفائقِ اليسارِ: يقضِي باللِّباسِ من الحُلَلِ والديابيجِ، وبالمكعَّبِ المفضَّضِ من الأديمِ، والسراغِجِ المذهَّبِ، والخُفِّ من الأديمِ، وفي المتوسِّط باللباسِ من القَزِّ الملوَّن، والسراغجِ غيرِ المذهَّبِ، والمكعَّبِ من الأديم غيرَ مفضَّضٍ، وبالخُفَّينِ من الأديمِ، ثم قال: إن شاءَ فرَضَ بما قلنا، وإن شاء قوَّمَه وقضَى بالنَّفقةِ بالقيمةِ.

(بط): ولو فرضَ لها الكِسوةَ فهلكَتْ أو سُرقَت منها أو خرقَتْها قبلَ الوقتِ: فليسَ عليه غيرُها حتى يمضيَ الوقتُ المقدَّرُ، وإن تخرَّقت بخرقِ استعمالِها فكذلك، وإذا بَليَت بالاستعمالِ قبل وقتِه يَقضِي لها بأخرى، وكذا الجوابُ في النَّفقةِ إذا ضاعَتْ أو سُرقَت أو أكلَت وأسرفَت، وفي المحارمِ: يقضِي لهم بكِسْوةٍ ونفقةٍ أخرى.

---

(١) في (ج): «عاداتهم».

(٢) المِجْوَلُ: ثوبٌ صغير تَجول فيه الجاريةُ. «معجم ديوان الأدب» (٣/ ٣٥٤).

(٣) في (ص) و(ف): «البز».

(ط)[١]: قال الزوج في مجلسِ أبي يوسُفَ: ليس عندي نفقةٌ، فقال لها: خُذي عِمامتَه وأنفِقيها على نفسِك. (ث): يحتملُ أنَّه علِمَ أبو يوسُفَ أنَّ له عِمامةً أخرى، وإلا لا تُباعُ العِمامةُ في النَّفقةِ وسائرِ الديونِ. قال الخصَّافُ: لا يبيعُ مسكَنَه وخادمَه، ويبيعُ ما سوى ذلك، وقيل: يبيعُ ما سوى الإزارِ، وقيل: يترُكُ لنفسِه دَستاً من الثياب، ويبيعُ ما سوى ذلك، وقيل: دَستَين، وبه السرَخْسيُّ، ولو كان له ثيابٌ حسَنةٌ يمكِنُه الاكتفاءُ بما دونَها يبيعُها ويشتري ذلك ببعضِها، ويصرِفُ الباقيَ إلى الديون والنَّفقات.

قال: **(وإن امْتَنَعَتْ مِنْ تَسْلِيمِ نَفْسِهَا حَتَّى يعطِيَهَا مَهْرَهَا: فَلَهَا النَّفَقَةُ)** لأنَّه منعٌ بحقٍّ، فكان فَوتُ الاحتباسِ بمعنًى من قِبَلِه: فيُجعلُ غيرَ فائتٍ.

قال: **(فإِنْ نَشَزَتْ)** بعدَ قبضِ الصَّداقِ **(فَلا نَفَقَةَ لَهَا حَتَّى تَعُودَ إِلَى مَنْزِلِهِ)** لأنَّ فَوتَ الاحتباس منها، وإذا عادت: وجبَتِ النفقةُ، بخلاف ما إذا امتنعَتْ من التَّمكينِ في بيت الزوجِ؛ لأنَّ الاحتباسَ قائمٌ، والزوجَ قادرٌ على الوطء كرهاً.

(بط): تزوَّجَها وهي في بيتِ الأبِ[٢] بعدُ: فلها ذلك إذا لم يطالِبْها الزوجُ بالنُّقلةِ، وقيل: لا يستحِقُّ ما لم تُزفَّ إلى بيت الزوجِ، والفتوى على الأوَّل، فإن طالبَها بالنُّقلةِ فلم تمتنِعْ: فلها النفقةُ أيضاً، وإن امتنعَتْ فإن كان بحقٍّ لتستوفيَ مهرَها: فلها النفقةُ، وإن كان بغيرِ حقٍّ بأن كان أوفاها المهرَ، أو كان مؤجَّلاً، أو وهبَتْه منه: فلا نفقةَ لها.

قلت: وبهذا عُرفَ أنَّها إذا امتنعَتْ بخوارِزمَ في زمانِنا لاستيفاءِ المهرِ مع بقاءِ النكاحِ المستقِرِّ: فلا نفقةَ لها؛ لأنَّ المهرَ مؤجَّلٌ عُرفاً عندنا.

فإن قلتَ: لا اعتبارَ لهذا التأجيلِ، فإنه تأجيلٌ إلى الفِراقِ أو الموتِ، وكلاهما

---

(١) انظر: «المحيط البرهاني» (٣/ ٥٤٠).

(٢) في (ج): «الأم».

مجهول[١]، قلتُ: بل هو معتبرٌ، فقد ذكَرَ في زكاةِ (بط): أنَّ ما وراءَ المعجَّلِ من المهرِ لا يمنعُ وجوبَ الزكاةِ؛ لأنَّه مؤجَّلٌ عُرفاً، وكذا ذكره قاضي خان في «أماليه».

(بط شذ): وإذا سلَّمَت نفسَها بالنهارِ دونَ الليل، أو على عكسِه: لا تستحِقُّ النفقةَ؛ لأنَّ التسليمَ ناقصٌ، قلتُ: وبهذا عُرفَ جوابُ واقعةٍ في زمانِنا بأنَّه إذا تزوَّجَ من المحترفَاتِ اللاتي تكون عامَّةَ النهار في الكرخانةِ[٢]، والليلِ مع الزوجِ، لا نفقةَ لهنَّ.

وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً لَا يُسْتَمْتَعُ بِهَا: فَلَا نَفَقَةَ لَهَا.

وَإِذَا كَانَ الزَّوْجُ صَغِيرًا لَا يَقْدِرُ عَلَى الْوَطْءِ، وهيَ كَبِيرَةٌ: فَلَهَا النَّفَقَةُ.

وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ: فَلَهَا النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى فِي عِدَّتِهَا، رَجْعِيًّا كَانَ أَوْ بَائِنًا وَلَا نَفَقَةَ لِلْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا. وَكُلُّ فُرْقَةٍ جَاءَتْ مِنْ قِبَلِ الْمَرْأَةِ بِمَعْصِيَةٍ: فَلَا نَفَقَةَ لَهَا. وَإِنْ طَلَّقَهَا ثلاثاً ثُمَّ ارْتَدَّتْ: سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا، وَإِنْ مَكَّنَتْ ابْنَ زَوْجِهَا مِنْ نَفْسِهَا: فَلَهَا النَّفَقَةُ.

قال: (**وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً لَا يُسْتَمْتَعُ بِهَا: فَلَا نَفَقَةَ لَهَا**) لامتناعِ الاستمتاعِ من جهتِها، وحبسُها لم يوصِلْ إلى المقصودِ المستحَقِّ بالنكاح، بخلافِ المريضةِ لِما تبيَّنَ، وقال الشافعيُّ: لها النفقةُ بالمِلكِ كالمملوكة[٣]، ولنا: أنَّ المهرَ عوضُ المِلكِ لا النفقةِ كيلا يجتمِعَ العِوَضانِ عليه عن معوَّضٍ واحدٍ.

قال: (**وإذَا كَانَ الزَّوْجُ صَغِيرًا لَا يَقْدِرُ عَلَى الْوَطْءِ وهيَ كَبِيرَةٌ: فَلَهَا النَّفَقَةُ**) لأنَّ التسليمَ قد وُجدَ، وإنما العجزُ من قِبلَه، فأشبهَ المجبوبَ والعِنِّين.

(بط شط): الصغيرةُ إن كانت تصلُحُ للخدمةِ دونَ الجماعِ، قيل: تجِبُ النفقةُ، وقيل: لا تجبُ، والمرأةُ إذا كانت قَرْناءَ، أو رَتْقاءَ، أو جُنَّتْ، أو أصابها بلاءٌ يَمنعُ

---

(١) في (ص) و(ش): «مجهولان».

(٢) الكرخانة بمعنى المعمل. «معجم تيمور الكبير في الألفاظ العامية» (٥/ ٢٠٨).

(٣) انظر: «الحاوي الكبير» (١١/ ٤٣٩).

من الجماعِ، أو كبِرَت بحيثُ لا يمكنُ وطؤها لكِبَرها، فلها النفقةُ سواءٌ أصابها هذه العوارضُ في بيت الزوجِ أو قبل ذلك إذا لم تكُنْ مانعةً نفسها من الزوج بغيرِ حقٍّ، وعن أبي يوسُفَ في الرتقاءِ والمريضةِ التي لا يمكِنُ وطؤها أنَّه لا نفقةَ لهما[1] قبل النقل إلى بيتِه، فإن نقلتا إليه بغيرِ رضاه: فله ردُّهما إلى أهلِهما، وإن نقلَهما بنفسِه مع علمِه بذلك: فلا ردَّ له وعليه النفقةُ، بخلاف الصغيرةِ لفوات الانتفاعِ بها أصلاً دونَهما.

قال: (وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ: فَلَهَا النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى فِي عِدَّتِهَا، رَجْعِيًّا كَانَ أَوْ بَائِنًا) وقال الشافعيُّ: لا نفقةَ للمبتوتةِ إلا إذا كانت حاملاً[2]؛ لأنَّها كالمتوفَّى[3] عنها زوجُها، ولحديث فاطمةَ بنتِ قيسٍ: «طلَّقني زوجِي ثلاثاً، فلم يفرِضْ لي رسولُ الله ﷺ سُكنى ولا نفقةَ»[4]، ولنا: أنَّ النفقةَ جزاءُ الاحتباسِ، وإنه قائمٌ في حقِّ مقصودِ النكاحِ؛ وهو الولدُ؛ لأنَّها وجبَتْ في الحائلِ والحاملِ لصيانة الولدِ، فيجِبُ النفقةُ كالسُّكنى واعتباراً بالحامل، وقال عمرُ رضي الله عنه في حديث فاطمةَ: لا ندعُ كتابَ ربِّنا وسنةَ نبيِّنا بقول امرأةٍ لا ندري صدقَتْ أم كذَبَت، حفِظَت أم نسيَت، سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقول: «للمطلَّقةِ الثلاث النفقةُ والسُّكنى ما دامتْ في العدَّةِ»[5] وردَّه أيضاً زيدُ بنُ ثابتٍ وأسامةُ بنُ زيدٍ[6] وجابرٌ[7] وعائشةُ[8] رضي الله عنهم أجمعين.

---

(١) في (ف): «لها».

(٢) انظر: «روضة الطالبين وعمدة المفتين» (٩/ ٦٨).

(٣) في (ج): «حاملًا لانتفاء الملك كالمتوفى».

(٤) رواه مسلم (١٤٨٠) وفيه: «فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة».

(٥) رواه مسلم (١٤٨٠)، والترمذي (١١٨٠).

(٦) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٢٧٤): أما حديث زيد بن ثابت، وأسامة بن زيد: فغريب. قلت: حديث أسامة رواه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤٥٢٦).

(٧) رواه الدارقطني في «سننه» (٣٩٤٩).

(٨) رواه البخاري (٥٠١٦)، ومسلم (١٤٨١).

قال: (**وَلَا نَفَقَةَ لِلْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا**) لأنَّ التركةَ[١] خرجَت عن مِلكِ زوجِها، ولأنَّها غيرُ محتبسَةٍ في جميعِ الأوقات، فإنَّ لها أن تخرُجَ نهاراً وبعضَ الليل.

قال: (**وَكُلُّ فُرْقَةٍ جَاءَتْ مِنْ قِبَلِ الْمَرْأَةِ بِمَعْصِيَةٍ: فَلَا نَفَقَةَ لَهَا**) نحوِ الردةِ وتقبيلِ ابنِ الزوجِ؛ لأنَّها صارت حابسةً نفسَها بغيرِ حقٍّ، فأشبهَتِ الناشزةَ، بخلافِ المهرِ بعد الدخول؛ لأنَّه وُجدَ التسليمُ في حقِّ المهرِ بالوطء، وبخلافِ الفُرقةِ بخيارِ العتقِ والبلوغِ؛ لأنَّها بحقٍّ.

قال: (**وَإِنْ طَلَّقَهَا ثلاثاً، ثُمَّ ارْتَدَّتْ: سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا، وَإِنْ مَكَّنَتْ ابْنَ زَوْجِهَا مِنْ نَفْسِهَا: فَلَهَا النَّفَقَةُ**) (هـ)[٢]: معناه: مكَّنَتْ بعدَ الطلاقِ؛ لأنَّ الفُرقةَ ثبتَتْ بالطلَقاتِ الثلاث، ولا عملَ فيها للردَّة والتمكين، لكنِ المرتدَّةُ تُحبسُ حتى تتوبَ، ولا نفقةَ للمحبُوسة، والممكِّنةُ: لا تُحبَسُ.

(**شس**) «**للمختصر**»: بخلافِ التَّمكين في حالِ النكاحِ: فإنَّه يسقِطُها.

(**بط شط**): طلَّقَها بعد الدخولِ بشرطِ أن يبرَأَ من النَّفقةِ والسُّكنى: يبرأُ من النفقةِ دونَ السُّكنى؛ لأنَّها خالصُ حقِّ الله تعالى، وكذا إذا اختلعَتْ على أنْ لا سُكنى لها.

(**ط**): فكلُّ امرأةٍ لا تستحِقُّ النفقةَ حالَ قيامِ النكاحِ كالأمَةِ في بيتِ المولى والناشِزةِ ونحوِهما: لا تستحِقُّ في العِدَّةِ، ونفقةُ العِدَّةِ كنفقَةِ النكاحِ، وتسقُطُ بمضيِّ المدَّةِ، إلا بفرضٍ أو صُلحِ رضًى.

---

(١) في (ص) و(ف): «المرأة».

(٢) انظر: «الهداية» (٢/ ٢٩١).

وإن استدانت عليه وهو غائبٌ، فإن كان بقضاءٍ: ترجعُ عليه، وبغيرِ قضاءٍ: اختلافُ الرواياتِ والمشايخِ، وكما تستحِقُّ المعتدَّةُ النفقةَ تستحِقُّ الكِسوةَ، وإنما لم يذكُرْها في الكتاب؛ لأنَّ العدَّةَ لا تطولُ غالباً، فتستغني عن الكِسوة.

(**شط**): إن كانت فُرقةُ المدخول بها بمعصيةٍ: فلها المهرُ والسُّكنى ولا نفقةَ لها.

(**ط**): الملاعنةُ، والمبانةُ بالخُلعِ والإيلاءِ وردَّةِ الزوجِ ومجامعتِه أمَّها، وامرأةُ العِنِّين، وخيارُ العِتقِ والبلوغِ والفُرقةِ بعدم الكفاءةِ: تستحِقُّ النفقةَ، والناشزةُ إذا عادت: تعودُ نفقَتُها، بخلاف المرتدَّةِ إذا أسلمَتْ في العِدَّة، ولو أبرأت زوجَها عن النفقةِ قبلَ أن تصيرَ دَيناً: لا يصِحُّ إجماعاً، وفي ضمنِ الخُلعِ: يصِحُّ.

وَإِذَا حُبِسَت الْمَرْأَةُ فِي دَيْنٍ، أَوْ غَصَبَهَا رَجُلٌ كَرْهًا، أَوْ حَجَّتْ مَعَ مَحْرِمٍ: فَلَا نَفَقَةَ لَهَا وَإِنْ مَرِضَتْ فِي مَنْزِلِ الزَّوجِ: فَلَهَا النَّفَقَةُ.

وَيُفْرَضُ عَلَى الزَّوْجِ إِذَا كَانَ مُوسِرًا نَفَقَةُ خَادِمِهَا. وَلَا تُفْرَضُ لِأَكْثَرَ مِنْ خَادِمٍ وَاحِدٍ. وَعَلَيْهِ أَنْ يُسْكِنَهَا فِي دَارٍ مُنْفَرِدَةٍ لَيْسَ فِيهَا أَحَدٌ مِنْ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ تَخْتَارَ ذَلِكَ.

قال: (**وَإِذَا حُبِسَت المَرْأَةُ فِي دَيْنٍ، أَوْ غَصَبَهَا رَجُلٌ كَرْهًا، أَوْ حَجَّتْ مَعَ مَحْرِمٍ: فَلَا نَفَقَةَ لَهَا**) لفوات الحبس.

قال: (**وَإِنْ مَرِضَتْ فِي مَنْزِلِ الزَّوجِ فَلَهَا النَّفَقَةُ**) لبقاء الحبس، وقد مرَّتْ تفاصيلُه في أول الكتاب.

قال: (**ويُفْرَضُ عَلَى الزَّوْجِ إِذَا كَانَ مُوسِرًا: نَفَقَةُ خَادِمِهَا**) لأنَّ كفايتَها واجبةٌ عليه، ولا بدَّ لها من الخادمَةِ، فكانت نفقتُها من باب كفايتِها.

قال: (**ولا تُفْرَضُ لِأَكْثَرَ مِنْ خَادِمٍ وَاحِدٍ**) وقال أبو يوسُفَ: تفرضُ لخادمَينِ لحاجتِها إليهما، أحدِهما: لمصالحِ الدارِ، والآخرِ: للخارجِ، ولهما: أنَّ الواحدَ يقومُ

بالأمرَين، فلا تفرَضُ عليه بدون الضَّرورةِ نفقةُ الاثنَين، ونفقةُ الخادمِ: أدنى الكفَايةِ.

(هـ)[١]: وشرطُ اليسارِ إشارةٌ إلى أنَّه لا يجِبُ على المعسِرِ على ما روى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ، وهو الأصحُّ خلافاً لمحمدٍ.

(بط): فرَّقَ أبو حنيفةَ بين خادمِ الزَّوجةِ والأولادِ، فإنه إذا لم يكفِهم خادمٌ واحدٌ يُفرَضُ نفقةُ خادمَين.

(ش): إذا كانت من بناتِ الأشرافِ ولها خدَمٌ كثيرٌ يُجبرُ على نفقَةِ خادمَين، وعن أبي يوسُفَ: إذا كانت فائقةً[٢] لها خدمٌ كثيرٌ: فعليه نفقةُ كلِّهم، ولو قال: لا أنفِقُ على خدمِكِ ولكن أعطي من خدَمي مَن يخدُمُكِ: ليس له ذلك، وإن لم يكُنْ لها خادمٌ: لا يُفرضُ نفقةُ خادمِها، كالقاضِي إذا لم يكن له خادمٌ[٣].

(بط[٤]**)**: واختلف المشايخُ في تفسير خادمها، فقيل: هي المملوكةُ لها حتى لو كانت حرةً، أو مملوكةً لغيرِها: لا نفقةَ لها، وقيل: كلُّ مَن يخدُمُها.

(ث): لو قالت: أنفِقْ عليهم من مهرِي، ثمَّ قالت: لا أحتسِبُ لأنَّك استخدمتَهم، قال: ما أنفَقَ عليهم بالمعروفِ فهو محسُوبٌ.

(ص): وفي كلِّ موضعٍ تُفرَضُ نفقةُ الخادمِ: تُفرَضُ كِسوتُه، وذكَرَ لخادمِ المرأةِ المكعَّبَ والخُفَّ دونَها، والفرقُ واضحٌ.

قال: (وَعَلَيْهِ أَنْ يُسْكِنَهَا فِي دَارٍ مُنْفَرِدَةٍ لَيْسَ فِيهَا أَحَدٌ مِنْ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ تَخْتَارَ ذَلِكَ) لأنَّ السُّكنى من كفايتِها كالنَّفقَةِ والكسْوةِ لا يشاركُها فيها أحدٌ؛ لأنَّها تتضرَّرُ بذلك؛

---

(١) انظر: «الهداية» (٢/ ٢٨٧).

(٢) في (ش): «فائقة بنت فائق».

(٣) «إذا لم يكن له خادم»: سقطت من (ص) و(ش) و(ف).

(٤) في (ج): «شط».

لأنَّها لا تأمنُ على متاعِها، ويمنعُها ذلك من الازدواج معاشَرةً واستِمتاعاً، فإذا اختارَتْ ذلك فقد رضيَتْ بسقوطِ حقِّها.

وَإِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ غَيْرِهَا: لَيْسَ لهُ أَنْ يُسْكِنَهُ مَعَهَا.

ولهُ أَنْ يَمْنَعَ وَالِدَيهَا وَوَلَدَهَا مِنْ غَيْرِهِ وَأَهْلَهَا الدُّخُولَ عَلَيْهَا، وَلَا يَمْنَعُهُمْ مِن النَّظَرِ إِلَيْهَا، وَكَلَامِهَا فِي أَيِّ وَقْتٍ اختَارُوا.

وَمَنْ أَعْسَرَ بِنَفَقَةِ زَوْجَتِهِ: لَمْ يُفرَّقْ بَيْنَهُمَا، وَيُقَالُ لَها: اسْتَدِينِي عَلَيْهِ.

قال: (**وَإِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ غَيْرِهَا: لَيْسَ لهُ أَنْ يُسْكِنَهُ مَعَهَا**) لِما بيَّنَّا.

(ه)[1]: ولو أسكنَها في بيتٍ من الدارِ وله غلَقٌ كفَاها[2] لحصولِ المقصودِ.

قال: (**ولهُ أَنْ يَمْنَعَ وَالِدَيهَا وَوَلَدَهَا مِنْ غَيْرِهِ وَأَهْلَهَا الدُّخُولَ عَلَيْهَا**) لأن المنزِلَ مِلكُه، فله المنعُ.

قال: (**وَلَا يَمْنَعُهُمْ مِن النَّظَرِ إِلَيْهَا، وَكَلَامِهَا فِي أَيِّ وَقْتٍ اختَارُوا**) لأنَّ المنعَ منه قطيعةٌ للرحمِ.

(ه)[3]: لا يمنعُهم من الدخول والكلام، وإنما يمنعُهم من القَرار؛ لأنَّ الفتنةَ والضررَ فيه، وقيل: لا يمنعُها من الخروجِ إلى الوالدَين، ولا يمنعُهم من الدُّخولِ عليها في كلِّ جمُعةٍ، وفي غيرهما من المحارم: التقديرُ بسنةٍ هو الصحيح.

(**ط**): للزوجِ أن يُسكِنَها حيثُ أحبَّ ولكنْ بين جيرانٍ صالحين، ولو قالت: إنه

---

(١) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٢/ ٢٨٩).

(٢) في (ف) و(ج): «كفاه».

(٣) انظر المصدر السابق.

يضربنِي ويُؤذيني فمُره أن يُسكِنَني بين قومٍ صالحين، فإنْ علمَ القاضِي بذلك زجَرَه ومنَعَه من التعدِّي، وإلا يسأَلُ الجيرانَ عن صنيعِه، فإن صدَّقوها منَعَه من التعدِّي في حقِّها، وإلا يترُكَها ثمةَ، وإن لم يكُنْ في جوارِه مَن يوثَقُ به، أو كانوا يميلون إلى الزوجِ، أمَرَه بإسكانِها بين قومٍ صالحين.

(صغر): له امرأتان طلبَتْ إحداهما داراً على حِدَةٍ، قال محمدُ بنُ سلامٍ: التدبيرُ فيه إلى الزوجِ، إن شاءَ جمَعَ بينهما، وإن شاءَ فرَّقَ بعدَ أن يوفِّرَ على كلِّ واحدةٍ حقَّها.

(ن فخ): طلبت الضَّرةُ بيتاً على حدةٍ، فإن أمكَنَه أن يجعلَ لكلِّ واحدةٍ من الضَّرتَين بيتاً على حدةٍ في دارِه: فلها ذلك، وإلَّا: فلا.

(بط): ولو قالت: لا أسكُنُ مع أمتكَ[1] وأريدُ بيتاً على حِدَة، ليسَ لها ذلك في قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ، وقول محمد آخراً.

قال: (وَمَنْ أَعْسَرَ بِنَفَقَةِ زَوْجَتِهِ[2]: لَمْ يُفَرَّقْ بَيْنَهُمَا، وَيُقَالُ لَهَا: اسْتَدِينِي عَلَيْهِ) وقال الشافعيُّ[3]: يفرَّقُ لأنَّه عجزَ عن الإمساكِ بالمعروفِ، فينوبُ القاضي منابَه في التسريحِ[4] بالإحسانِ، كما في الجَبِّ والعُنَّة، ولنا: أنَّ حقَّ الزوجِ يبطُلُ بالتفريقِ، وحقَّها يتأخَّرُ، والإبطالُ أضرُّ من التأخيرِ.

(قد): وفائدةُ الأمرِ بالاستدانةِ مع الفرضِ أن يمكِنَها إحالةُ الغريمِ على الزوجِ بدونِ رضاهُ، وإذا كانت الاستدانةُ بغيرِ أمرِ القاضِي كانت المطالَبةُ[5] عليها دونَ الزوجِ،

---

(١) في (ص): «أمك».

(٢) في (ج): «امرأته».

(٣) انظر: «مغني المحتاج» (٥/ ١٧٦).

(٤) في (ج): «بالتسريح».

(٥) في (ش): «الاستدانة».

وفي «أدب القاضي» للخصَّاف تفسيرُ الاستدانةِ على الزوجِ: الشِّراءُ بالنَّسيئةِ لتقضيَ الثمنَ من مالِ الزوجِ[١].

(ط): قال مشايخُنا: فائدةُ الأمرِ بالاستدانةِ على الزوجِ أنَّه يرجِعُ ربُّ الدَّين على الزوجِ، ولولا الأمرُ بها: فلا، وفي «شرح الإمام الملهَمِ ركنِ الأئمَّةِ الصبَّاغيِّ رحمه الله»: الاستدانةُ: الاستقراضُ، فإذا استدانَتْ هل تصرِّحُ أني أستَدينُ على زوجي أو تنوي؟ أمَّا إذا صرَّحت فظاهرٌ، وكذلك إذا نوَتْ، وإذا لم تصرِّحْ ولم تنوِ لا يكونُ استدانةً عليه، ولو ادَّعَتْ أنَّها نوتِ الاستدانةَ وأنكَرَ الزوجُ، فالقولُ قولُه.

وَإِذَا غَابَ الرَّجُلُ وَلَهُ مَالٌ فِي يَدِ رَجُلٍ مُعْتَرِفٍ بِهِ وَبِالزَّوْجِيَّةِ: فَرَضَ الْقَاضِي فِي ذَلِكَ الْمَالِ نَفَقَةَ زَوْجَةِ الْغَائِبِ، وَأَوْلَادِهِ الصِّغَارِ، وَوَالِدِيهِ وأولادِهِ الكبارِ الذكورِ الزَّمنى والإناثِ، وَيَأْخُذُ مِنْهَا كَفِيلًا، وَلَا يَقْضِي بِنَفَقَةٍ فِي مَالِ الْغَائِبِ إِلَّا لِهَؤُلَاءِ.

قال: (**وَإِذَا غَابَ الرَّجُلُ وَلَهُ مَالٌ فِي يَدِ رَجُلٍ مُعْتَرِفٍ بِهِ وَبِالزَّوْجِيَّةِ: فَرَضَ القَاضِي فِي ذَلِكَ المَالِ نَفَقَةَ زَوْجَةِ الغَائِبِ، وَأَوْلَادِهِ[٢] الصِّغَارِ، وَوَالِدِيهِ وأولادِهِ الكبَارِ الذكورِ الزَّمنى والإناثِ**) وقال زُفرُ: لا يفرَضُ فيه بشيءٍ؛ لأنَّه قضاءٌ على الغائبِ، والمودَعُ ليس بخصمٍ، ولنا: أنَّه[٣] لمَّا أقرَّ بالزوجيةِ والوديعةِ فقد أقرَّ بأنَّ حقَّ الأخذِ لها؛ لأنَّ للزَّوجةِ أن تأخُذَ حقَّها من مالِ زوجِها بغيرِ رضَاه، وإقرارُ صاحبِ اليد يُقبلُ في حقِّه، ولو أنكَرَ أحدَ الأمرَين لا تُقبلُ بيِّنةُ المرأةِ فيه؛ لأنَّ المودَعَ ليس بخصْمٍ في إثباتِ الزَّوجيةِ عليه، ولا المرأةُ خصمٌ في إثباتِ حقوقِ الغائبِ.

---

(١) انظر: «شرح أدب القاضي للخصاف» للصدر الشهيد (٤/ ٢٠٨).

(٢) في (ف) و(ج): «وولده».

(٣) في (ج): «وقلنا لأنَّه».

(هـ)[١]: وكذا يُفرضُ إذا علم القاضِي بذلك ولم يعترِفْ[٢] به، وكذا إذا كان المالُ في يد مضارِبِه، وكذا في الدَّينِ، وهذا إذا كان المالُ من جنسِ حقِّها دراهمَ أو دنانيرَ، أو طعاماً أو كِسوةً من جنسِ حقِّها، أمَّا إذا كان من خلافِ جنسِ حقِّها لا تُفرضُ النفقةُ فيه؛ لأنَّه يُحتاجُ فيه إلى البيعِ، ولا يُباعُ مالُ الغائبِ بالاتفاقِ.

قال: (وَيَأْخُذُ مِنْهَا[٣] كَفِيلًا) نظراً للغائبِ؛ لأنَّها ربما استوفَتْ نفقتَها، أو طلَّقَها الزوجُ وانقضَتْ عِدَّتُها، بخلافِ ما إذا قُسِّمَ الميراثُ بين ورثةِ حضُورٍ بالبينةِ، ولم يقولوا: لا نعلَمُ له وارثاً سواهُم، حيث لا يؤخَذُ منهم كفيلٌ عندَ أبي حنيفةَ؛ لأنَّ المكفولَ له ثمةَ مجهولٌ وهنا معلومٌ؛ وهو: الزوجُ، ويحلِّفُها باللهِ ما أعطَاها النفقةَ نظراً للغائبِ.

(بط): ولم يُذكَرْ أنَّه يأخُذُ منها كَفيلاً بنفسِها أو بما أعطَاها، وذكر في **(شس)**[٤]: فإذا حلفَتْ وأعطَاها النفقةَ أخَذَ منها كفيلاً بذلك.

(بط): وهو الصَّحيحُ، فإن حضرَ الزوجُ وأقامَ بيِّنةً على أنَّه أوفَاها[٥] النفقةَ[٦]: يأمُرُها القاضِي بردِّ ما أخذَتْ.

(شس)[٧]: والكفيلُ ضامنٌ لِما أخذَتْ، وإن لم يكُنْ للزوجِ بيِّنةٌ وحلفَتْ على ذلكَ

---

(١) انظر: «الهداية» (٢/ ٢٨٩).

(٢) في (ج): «يعرف».

(٣) في (ف): «منه».

(٤) في (ف): «شش».

(٥) قوله: «وأقام بينة على أنّه أوفاها» في (ف): «ويحلفها بالله ما أعطاها».

(٦) في (ف) زيادة: «نظراً للغائب».

(٧) انظر: «المبسوط» (٥/ ١٩٨).

فلا شيءَ على الكفيلِ، وإن نكَلَتْ ونكَلَ الكفيلُ: لزِمَها، وله الخيارُ في مطالَبةِ أيِّهما شاء، هذا إذا كان النكاحُ معلوماً للقاضِي، وأمَّا إذا لم يكُنْ: لا يسمَعُ بيِّنَتَها بالنكاحِ ولا النفقةِ عندَ علمائنا الثلاثة، وقال زُفرُ: يسمَعُ البينةَ ولا يقضِي بالنِّكاحِ، ويُعطيها النَّفقةَ من مال الزوجِ، وإن لم يكُنْ له مالٌ: يأمرُها بالاستدانَةِ عليه، فإن حضَرَ وأقرَّ بالنكاحِ أمرَه بقضاءِ الدَّينِ: وإلا كلَّفهَا إعادةَ البيِّنة، فإن لم تُعدْ: أمَرَها بردِّ ما أخذَتْ ولم يقضِ لها بشيءٍ ممَّا استدانَتْ عليه، هذا قولُ زُفرَ وقولُ أبي يوسُفَ الأولِ على ما نصَّ عليه في (ص).

وكان أبو حنيفةَ يقول أولاً: يَقضِي بالنَّفقةِ على الغائبِ، وهو قولُ إبراهيمَ النخعيِّ، ثم رجعَ إلى قولِ شُريحٍ أنَّه لا يقضِي، وعندَ محمدٍ: لا يقضِي قولاً واحداً، وما يفعلُه القضَاةُ في زمانِنا من قَبولِ بيِّنةِ المرأةِ وفرْضِ نفقَتِها على الغائبِ إنما ينفُذُ لكونِه مختلَفاً فيه مع زُفرَ، أو معه وأبي يوسُفَ على ما ذكَرَه الخصَّافُ[1]، وهو أرفقُ بالناسِ. ولا تحتاجُ المرأةُ إلى إقامةِ البيِّنة أنَّه لم يُخلِفْ نفقةً[2]، وإنما يُقيمُها على الزَّوجيَّة.

ولو أنفقَ المودَعُ أو المديونُ على والدِ المودِعِ أو ولدِه أو امرأتِه بغير أمرِه: يضمَنُ ولا يبرأُ، ولكن يرجِعُ المنفِقُ على مَن أنفقَ، وإذا لم يكُنْ للغائبِ مالٌ حاضرٌ، وطلبَتْ سماعَ بينتِها بالنكاحِ وفرْضَ النفقةِ والأمرَ بالاستدانةِ عليه: لم يُجبْها القاضِي إلى شيءٍ من ذلكَ في قولِ أبي حنيفةَ آخِراً، وهو قولُ أبي يوسُفَ ومحمدٍ، وعلى قولِ أبي حنيفةَ الأولِ وقولِ زفرَ يجيبُها[3] إليها، فكانَ لأبي حنيفةَ في جوازِ القضاءِ على الغائبِ روايتان، فكانَ فصلاً مجتهَداً فيه فكانَ للقضاءِ فيه مجالٌ.

---

(١) انظر: «شرح أدب القاضي للخصاف» للصدر الشهيد (٤/ ٢٦٣).

(٢) في (ج): «للنفقة».

(٣) في (ج): «يجيبه».

قال: (**وَلَا يَقْضِي بِنَفَقَةٍ فِي مَالِ الْغَائِبِ إِلَّا لِهؤُلَاءِ**) لأنَّ نفقةَ هؤلاء واجبةٌ بإجماعِ الأمَّةِ قبل القضاء، فكانَ القضاءُ إعانةً لهم، ونفقةُ سائرِ المحارم مجتهَدٌ فيها، وإنما تجِبُ بالقضاء، والقضاءُ على الغائبِ: لا يجوزُ.

(**بط**): يُجبرُ الأبُ على نفقةِ امرأةِ ابنِه الغائبِ وعلى نفقةِ ولدِها.

(**فك**): ولا يُجبرُ الإخوةُ والأعمامُ على ذلك فيمَنْ غابَ وانقطع خبرُه.

وَإِذَا قَضَى الْقَاضِي بِنَفَقَةِ الْإِعْسَارِ، ثُمَّ أَيْسَرَ، فَخَاصَمَتْهُ: تَمَّمَ لَهَا نَفَقَةَ الْمُوسِرِ.

وَإِذَا مَضَتْ مُدَّةٌ لَمْ يُنْفِقْ الزَّوْجُ عَلَيْهَا، وَطَالَبَتْهُ بِذَلِكَ: فَلَا شَيْءَ لَهَا، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي فَرَضَ لَهَا النَّفَقَةَ، أَوْ صَالَحَت الزَّوْجَ عَلَى مِقْدَارِهَا: فَيَقْضِي لَهَا بِنَفَقَةِ مَا مَضَى.

وَإِذَا مَاتَ الزَّوْجُ بَعْدَمَا قَضَى عَلَيْهِ بِالنَّفَقَةِ، وَمَضَتْ شُهُورٌ: سَقَطَتْ النَّفَقَةُ.

وَإِنْ أَسْلَفَهَا نَفَقَةَ السَّنَةِ ثُمَّ مَاتَ: لَمْ يُسْتَرْجَعْ مِنْهَا شَيْءٌ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُحْتَسَبُ لَهَا نَفَقَةُ مَا مَضَى، وَمَا بَقِيَ لِلزَّوْجِ.

قال: (**وَإِذَا قَضَى القَاضِي بِنَفَقَةِ الإِعْسَارِ، ثُمَّ أَيْسَرَ، فَخَاصَمَتْهُ: تَمَّمَ لَهَا نَفَقَةَ المُوسِرِ**) لأنَّ النفقةَ إنما تجبُ بحسَبِ اليَسارِ والإعسارِ حالاً فحالاً، فإذا تبدَّلَ حالُه: فلها المطالَبةُ بتمامِ حقِّها.

قال: (**وَإِذَا مَضَتْ مُدَّةٌ لَمْ يُنْفِقْ الزَّوْجُ عَلَيْهَا وَطَالَبَتْهُ بِذَلِكَ: فَلَا شَيْءَ[1] لَهَا، إِلَّا أَنْ يَكُونَ القَاضِي فَرَضَ لَهَا النَّفَقَةَ، أَوْ صَالَحَت الزَّوْجَ عَلَى مِقْدَارِهَا: فَيَقْضِي لَهَا بِنَفَقَةِ مَا مَضَى**) وقال الشافعيُّ: يقضِي كالأجرِ والمفروض[2]، ولنا: أنَّ النفقةَ صلةٌ وليسَتْ

---

(١) في (ج): «فلا نفقة».

(٢) انظر: «مغني المحتاج» (٥/ ١٧٦).

بعِوضٍ عن مِلكِ النكاحِ عندنا على ما مرَّ، فلا يستحكِمُ الوجوبُ فيها إلا بقضاءٍ، والصُّلحُ كالقضاءِ أيضاً؛ لأنَّ ولايتَه على نفسِه أقوى.

قال: (وَإِذَا مَاتَ الزَّوْجُ بَعْدَمَا قَضَى عَلَيْهِ بِالنَّفَقَةِ، وَمَضَتْ شُهُورٌ: سَقَطَتْ النَّفَقَةُ) (**هـ**): وكذا إذا ماتت الزوجةُ؛ لأنَّ النفقةَ صلةٌ، والصِّلاتُ تسقُطُ بالموتِ كالهِبةِ[1] تبطُلُ بالموتِ قبلَ القبضِ، وعندَ الشَّافعيِّ[2]: لا تسقُطُ بالموتِ كسائرِ الديونِ، وجوابُه ما مرَّ[3].

(**بط**): وكذا لو طلَّقَها الزوجُ في هذا الوجه: يسقُطُ ما اجتمعَ عليه من النفقاتِ بعد فرضِ القاضِي.

قال: (وَإِنْ أَسْلَفَهَا نَفَقَةَ السَّنَةِ[4] ثُمَّ مَاتَ: لَمْ يُسْتَرجَعْ مِنْهَا شَيءٌ) عند أَبي حنيفةَ وأَبي يوسُفَ **(وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُحْتَسَبُ لَهَا نَفَقَةُ مَا مَضَى، وَمَا بَقِيَ لِلزَّوْجِ)** وبه الشافعيُّ[5]، وعلى هذا الخلافِ الكِسوةُ؛ لأنَّها استعجَلَت عِوضاً عمَّا تستحِقُّه عليه بالاحتباسِ، وقد بطلَ الاستحقاقُ بالموتِ، فيبطُلُ العِوضُ بقدْرِه، ولهما: أنَّه صِلةٌ كرزقِ القاضِي وعطاءِ المقاتلة، وقد اتصلَ به القبضُ فتأكَّدَ، ولا رجوعَ في الصِّلات بعد الموتِ كالهبةِ، ولهذا لو هلكَتْ بدونِ استهلاكِه لا يُستَرَدُّ شيءٌ منها بالإجماعِ، وعن محمدٍ: إن بقيَ بعدَ الموتِ نفقةُ شهرٍ فصَاعداً يسترجعُ، وإلَّا: فلا.

(**بط**): على قولِ أبي حنيفةَ الأولِ تصيرُ نفقةُ الزوجةِ دَيناً على الزوجِ قبلَ القضاءِ والتراضِي، وبه الشَّافعيُّ[6].

---

(١) في (ش): «كالهبات».

(٢) في «الحاوي الكبير» (١١/ ٢٥٦) خلاف ذلك.

(٣) في (ص): «ما قد مر».

(٤) في (ص) و(ف): «سنة».

(٥) انظر: «التهذيب» (٦/ ٣٣٥).

(٦) انظر: «التهذيب» (٦/ ٣٣٥).

وَإِذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ حُرَّةً: فَنَفَقَتُهَا دَيْنٌ عَلَيْهِ، يُبَاعُ فِيهَا، وَإِذَا تَزَوَّجَ الحُرُّ أَمَةً، فَبَوَّأَهَا مَوْلَاهَا مَعَهُ مَنْزِلاً: فعلَيهِ النَّفَقَةُ، وَإِنْ لَمْ يُبَوِّئْهَا مَعَهُ: فَلَا نَفَقَةَ لَهَا.

قال: (**وَإِذَا تَزَوَّجَ العَبْدُ حُرَّةً: فَنَفَقَتُهَا دَيْنٌ عَلَيْهِ، يُبَاعُ فِيهَا**) معناه: تزوَّجَ بإذنِ المولى؛ لأنَّها دَينٌ وجَبَ في ذمَّتِه عملاً بالسببِ، وقد ظهَرَ وجوبُه في حقِّ المولى لإذنِه، فيتعلَّقُ برقبتِه كدَينِ التجارةِ، وله الفِداءُ؛ لأنَّ حقَّها في النفقةِ لا في عينِ الرقَبةِ، فإذا مات العبدُ سقطَتِ النفقةُ، وكذا إذا قُتلَ في الأصحِّ.

(ط): وإذا تزوَّجَ المدبَّرُ بإذنِ المولى، فنفقَتُها تتعلَّقُ بكسبِه، وكذا المكاتَبُ ما دامَ مكاتَباً، فإذا عجَزَ بِيعَ فيها، وإن تزوَّجوا[1] بغيرِ إذنِ الموالي فلا نفَقةَ عليهم ولا مهرَ، وإنما تجبانِ بعدَ العتقِ في المستقبلِ لنَفاذِ النِّكاحِ.

قال: (**وَإِذَا تَزَوَّجَ الحُرُّ أَمَةً، فَبَوَّأَهَا مَوْلَاهَا مَعَهُ منزلاً: فعلَيهِ النَّفَقَةُ**) لتحقُّقِ الاحْتِباسِ.

قال: (**وَإِنْ لَمْ يُبَوِّئْهَا مَعَهُ: فَلَا نَفَقَةَ لَهَا**) لعَدمِ الاحتباسِ.

(هـ ط)[2]: وتفسيرُ التبوِئةِ أن يخلِّيَ بينَها وبينَه[3] في منزِله ولا يستخدِمَها، ولو استخدَمها بعد التبوِئةِ: سقطَتْ نفقتُها لفَوتِ الاحتباسِ، ولو خدَمَته أحياناً بدونِ استخدَامِها: لا تسقُطُ النَّفقةُ؛ لأنَّه لم يستردَّها، ولو استخدمَها أهلُ المولى عند غَيبتِه ومنَعُوها منه: سقطَتْ النفقةُ، والمدبَّرةُ وأمُّ الولدِ في هذا كالأمَةِ.

---

(١) في (ش): «وإن تزوّجها».

(٢) انظر: «الهداية» (٢/ ٢٨٨).

(٣) في (ف): «وبين زوجها».

(بط): وكذا إذا تزوَّجَ العبدُ أو المكاتَبُ أو المدبَّرُ بأمَةِ رجلٍ، وإذا زوَّجَ أمَتَه من عبدِه، فنفقتُهما عليه بوَّأَ لها[1] بيتاً أو لا.

(ط): ولا نفقةَ في النكاحِ الفاسدِ ولا في العِدَّةِ منه، ولو أنفقَ عليها مدَّةً ثم تبيَّنَ فسادُ النكاحِ، فإنْ كانَ بفرضِ القاضِي: يرجِعُ، وإلَّا: فلا.

وَنَفَقَةُ الْأَوْلَادِ الصِّغَارِ عَلَى الْأَبِ، لَا يُشَارِكُهُ فِيهَا أَحَدٌ، كَمَا لَا يُشَارِكُهُ فِي نَفَقَةِ الزَّوجَةِ، فَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ الصَّغيرُ رَضِيعًا: فَلَيْسَ عَلَى أُمِّهِ أَنْ تُرْضِعَهُ، وَيَسْتَأْجِرُ الْأَبُ مَنْ يُرْضِعُهُ عِنْدَهَا.

وَإِن اسْتَأْجَرَهَا وهِيَ زَوْجَتُهُ أَوْ مُعْتَدَّتُهُ لِتُرْضِعَ وَلَدَهَا مِنْهُ: لم يَجُزْ.

قال: (**وَنَفَقَةُ الْأَوْلَادِ الصِّغَارِ عَلَى الْأَبِ، لَا يُشَارِكُهُ فِيهَا أَحَدٌ، كَمَا لَا يُشَارِكُهُ فِي نَفَقَةِ الزَّوجَةِ**) لقولِه تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، وقال تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] ألزمَ الأبَ أجرةَ الرَّضاعِ والنفقةِ والكِسوَةِ، ولم تشارِكِ الأمُّ الأبَ في نفقةِ الولدِ وهي أقربُ إليه، فأنَّى يشارِكُه غيرُه؟

(ط): وعن أبي حنيفةَ أن نفقتَه على الأبِ والأمِّ أثلاثاً.

قال: (**فإنْ كَانَ الْوَلَدُ الصَّغيرُ رَضِيعًا: فَلَيْسَ عَلَى أُمِّهِ أَنْ تُرْضِعَهُ**) لأنَّه كالنَّفقةِ، وهي على الأبِ، وعسَى لا تقدِرُ عليه، فلا تُجبرُ عليه.

(هـ)[2]: وقيل في تأويلِ قوله تعالى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣] بإلزامِها بالإرضاعِ مع كراهتِهَا، وهذا إذا وُجدَتْ مرضِعةٌ، فأمَّا إذا لم توجَدْ: تُجبرُ على إرضاعِه صيانةً للوَلدِ عن الضَّياعِ.

---

(١) في (ش): «بوأها».

(٢) انظر: «الهداية» (٢/ ٢٩١).

(ط): وقيل: لا تُجبرُ، والأصحُّ أنَّها تُجبرُ عند الكلِّ.

قال: (وَيَسْتَأْجِرُ الْأَبُ مَنْ يُرْضِعُهُ عِنْدَهَا) معناه: إذا أرادَتْ ذلك؛ لأنَّ الحَجرَ والحضَانةَ لها، والنفقةَ عليه.

قال: (وإِن اسْتَأْجَرَهَا وَهِيَ زَوْجَتُهُ أَوْ مُعْتَدَّتُهُ لِتُرْضِعَ وَلَدَهَا منهُ: لَمْ يَجُزْ) لأنَّ الإرضاعَ مستحَقٌّ عليها ديانةً، قال تعالى: ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، لكنَّها عُذرَت لاحتمالِ عَجزِها، فإذا أرضعَتْه بالأجرِ ظهَرَ قدرتُها: فوجبَ الإرضَاعُ عليها، فلا يجوزُ أخذُ الأجرةِ[١] عليه، وهذا في المعتدَّةِ عن طلاقٍ رجعيٍّ، وفي المبتوتةِ روايتان.

(شق): ولو استأجرَها على رَضَاعِ[٢] ابنِه من غيرِها: جازَ لعدَمِ الوجوبِ.

وَإِن انْقَضَتْ عِدَّتُهَا فَاسْتَأْجَرَهَا عَلَى إِرْضَاعِهِ: جَازَ.

وَإِنْ قَالَ الْأَبُ: لَا أَسْتَأْجِرُهَا وَجَاءَ بِغَيْرِهَا، فَرَضِيَتِ الْأُمُّ بِمِثْلِ أُجْرَةِ الْأَجْنَبِيَّةِ: كَانَتْ أَحَقَّ، وَإِن الْتَمَسَتْ بزِيَادَةٍ: لَمْ يُجْبَر الزَّوْجُ عَلَيْهَا.

وَنَفَقَةُ الصَّغِيرِ واجِبَةٌ عَلَى أَبِيهِ، وَإِنْ خَالَفَهُ فِي دِيْنِهِ، كَمَا تَجِبُ نَفَقَةُ الزَّوجَةِ عَلَى الزَّوجِ وَإِنْ خَالَفَتْه فِي دِينِهِ.

قال: (وَإِن انْقَضَتْ عِدَّتُهَا فَاسْتَأْجَرَهَا عَلَى إِرْضَاعِهِ: جَازَ) لأنها كالأجنبيةِ لزوالِ مِلكِه بالكليَّة.

قال: (وَإِنْ قَالَ الْأَبُ: لَا أَسْتَأْجِرُهَا وَجَاءَ بِغَيْرِهَا، فَرَضِيَتِ الْأُمُّ بِمِثْلِ أُجْرَةِ الْأَجْنَبِيَّةِ: كَانَتْ أَحَقَّ) لأنَّها أشفقُ عليه، فكان أنظرَ له.

---

(١) في (ش) و(ف): «الأجر».

(٢) في (ج): «إرضاع».

قال: (وَإِن الْتَمَسَتْ بزِيَادَةٍ: لَمْ يُجْبَر الزَّوْجُ عَلَيْهَا) دفعاً للضررِ عنه، وإليه وقعَتِ الإشارةُ بقولِه تعالى: ﴿وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

(بط)[١]: لمدَّةِ الرَّضاعِ ثلاثةُ أوقاتٍ: أدنى؛ وهو حولٌ ونصفٌ، وأوسَطُ؛ وهو حولان، وأقصَى وهو حولان ونصفٌ، حتى لو نقَصَ عن الحولَين لا يكونُ شططاً، ولو زادَ لا يكونُ تعدِّياً، ولو استغنى الولدُ دونَ الحولَين ففطَمَتْه في حولٍ ونصفٍ بالإجماعِ: يحِلُّ ولا تأثَمُ، ولو لم يستَغنِ بحولَين: حلَّ لها أن تُرضعَه بعدهما عند عامَّة المشايخِ إلا عند خلَفِ بنِ أيوبَ.

أمَّا الكلامُ في استحقاقِ الأجرِ، (شح): فهو على الخِلافِ، حتى أنَّ المُبانةَ تستَحِقُّ إلى حولَين ونصفٍ عندَه، وعندهما: إلى حولَين فقط، وأكثرُ المشايخِ على أنَّ مدَّةَ الرَّضاعِ في حقِّ الأجرِ حَولان عند الكلِّ، حتى لا تستحِقَّ[٢] بعدَ الحولين إجماعاً، وتستَحِقَّ في الحولَين إجماعاً.

(قد): قال الضحَّاكُ: إذا لم يكُنْ للصَّبيِّ أو للأبِ مالٌ أُجبرَت الأمُّ على الإرضاعِ، وقال أصحابُنا: إذا غابَ وليسَ له مالٌ، وترك امرأةً ذاتَ مالٍ صغيراً تُجبرُ على الإنفاقِ عليه، ثم ترجِعُ على زوجِها، قالوا: إذا كان للصَّبيِّ مالٌ فمؤنةُ الرَّضاعِ ونفقتُه بعد الفِطامِ في مالِ الصَّغيرِ، ولو كان للصغيرِ عقارٌ أو ثيابٌ واحتاجَ إلى النفقةِ، فللأبِ بيعُ ذلك كلِّه، ولو كان مالُه غائباً يؤمَرُ الأبُ بالإنفاقِ عليه، ثمَّ يرجِعُ إذا أشهَدَ على ذلك، وإلَّا: فلا.

(بط شس)[٣] الأبُ معسِرٌ وأمُّه موسِرةٌ، أو أخوه أو عمُّه، يُعطي النفقةَ ويكونُ ديْناً على أبيه.

---

(١) انظر: «المحيط البرهاني في الفقه النعماني» (٣/ ٦٩).

(٢) في (ف): «لا تستحق الأجر».

(٣) انظر: «المبسوط» للسرخسي (٥/ ٢٢٣).

(فخ مل): أبوه معسِرٌ وجدُّه موسِرٌ، وللصبيِّ مالٌ غائبٌ، ينفِقُ الجدُّ عليه ويرجِعُ على الأبِ، ثم يرجِعُ الأبُ في مال الصَّغيرِ، وإن لم يكُنْ له مالٌ كان ديناً على الأبِ، وكذا لو كانَ له أمٌّ موسِرةٌ أو جدَّةٌ موسِرةٌ، وإن كان الأبُ زَمِناً لا شيءَ عليه، ولو كانت له أمٌّ موسِرةٌ وجدٌّ موسِرٌ، تنفِقُ الأمُّ دونَ الجدِّ، ولو استأجَرَ زوجَتَه من مال الصبيِّ لإرضاعِه: جازَ، ومن مالِه: لا يجوزُ حتى لا يجتمِعَ عليه نفقةُ النكاح والإرضاعِ.

قال: (**وَنَفَقَةُ الصَّغِيرِ: واجبَةٌ عَلَى أَبِيهِ وَإِنْ خَالَفَهُ فِي دِيْنِهِ**) لإطلاقِ النُّصوصِ وقوةِ القرابةِ.

قال: (**كَمَا تَجِبُ نَفَقَةُ الزَّوجَةِ عَلَى الزَّوجِ وَإِنْ خَالَفْتُه فِي دِينِهِ**) لقوةِ السَّبب.

(ط)[1]: وإذا تزوَّجَ العبدُ أو المدبَّرُ أو المكاتَبُ امرأةً بإذن المولى، فولَدَتْ أولاداً، لا يُجبرُ على نفقةِ الأولاد، سواءٌ كانت أمُّهم حرةً أو أمَةً أو مدبَّرةً أو أمَّ ولدٍ أو مكاتَبةً، بخلافِ نفقةِ المرأةِ، ونفقةُ أولادِ المكاتَبةِ عليها، وأولادُ الأمَةِ والمدبَّرةِ وأمِّ الولدِ على مَواليهنَّ، وفي الحرةِ على مَن يرِثُ الأولادَ الأقربَ فالأقرب.

وَإِذَا وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ: فَالْأُمُّ أَحَقُّ بِالوَلَدِ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ: فَأُمُّ الْأُمِّ أَوْلَى مِنْ أُمِّ الْأَبِ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ: فَأُمُّ الْأَبِ أَوْلَى مِن الْأَخَوَاتِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ جَدَّةٌ: فَالْأَخَوَاتُ أَوْلَى مِن الْعَمَّاتِ وَالْخَالَاتِ.

قال: (**وَإِذَا وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ فَالْأُمُّ أَحَقُّ بالولدِ**) لِما رُوي أنَّ امرأةً قالت: يا رسولَ الله؛ إنَّ ابني هذا كان بطني له وِعاءً، وحِجْري له حِواءً، وثديي له سِقاءً، وزعمَ أبوه أنَّه ينزِعُه مني، فقال عليه السَّلام: «أنتِ أحقُّ به ما لم تتزوَّجي»[2]، ولأنَّ الأمَّ أشفقُ

---

(١) انظر: «المحيط البرهاني في الفقه النعماني» (٣/ ٥٦٧).

(٢) رواه أبو داود (٢٢٧٦)، وأحمد في «مسنده» (٦٧٠٧)، والدارقطني في «السنن» (٣٨٠٨)، والحاكم =

وأقدرُ على الحضانةِ، فكان الدفعُ إليها أنظرَ للصبيِّ، ولهذا قال أبو بكرٍ الصدِّيقُ رضي الله عنه لعمرَ حين فارَقَ امرأتَه وطلبَ الولدَ: لَريحُ ريقِها[١] خيرٌ له من شهْدٍ وعسَلٍ عندك يا عمرُ[٢]، بمحضَرٍ من الصَّحابةِ.

(هـ ط)[٣]: ولا تجبَرُ الأمُّ عليه عساها لا تقدِرُ على حضانتِه.

قال: (**فَإِنْ لَمْ تَكُنْ: فَأُمُّ الأُمِّ أَوْلَى مِنْ أُمِّ الأَبِ**) لأنَّها تُدلي بالأمِّ إليه، وهذه الوِلايةُ في الأصلِ للأمِّ، فمَن كانت أقربَ إليها كانت أولى.

قال: (**فَإِنْ لَمْ تَكُنْ: فأمُّ الأَبِ أَوْلَى مِن الأَخَوَاتِ**) لأنَّها أمٌّ وشفقَتُها أوفرُ.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَكُنْ جَدَّةٌ: فَالْأَخَوَاتُ أَوْلَى مِن العَمَّاتِ وَالخَالَاتِ**) لأنَّهنَّ بناتُ الأبوَين، فكنَّ أقربَ، ولهذا قُدِّمنَ في الميراثِ عليهنَّ، ورُويَ: أنَّ الخالةَ أَولى من الأختِ لأبٍ لقولِه عليه السَّلام: «الخالةُ والدةٌ»[٤].

= في «المستدرك» (٢٨٣٠)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٥٧٦٣) من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده رضي الله عنه، وصحح إسناده الحاكم، ووافقه الذهبي.

(١) في (ش) و(ج): «لفاعها»، وفي (ف): «لفايحها».

(٢) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٢٦٦): غريب بهذا اللفظ. وقال ابن حجر في «الدراية» (٢/ ٨١): لم أجده بهذا اللفظ، وأصله عند ابن أبي شيبة. قلت: رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٩١٢٣) عن سعيد بن المسيب: أن عمر بن الخطاب طلق أم عاصم، ثم أتاها عليها وفي حجرها عاصم، فأراد أن يأخذه منها، فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام، فانطلقا إلى أبي بكر، فقال له أبو بكر: «يا عمر، مسحها، وحجرها، وريحها خير له منك حتى يشب الصبي، فيختار». ورواه بنحوه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٢٦٠١) عن ابن عباس رضي الله عنه.

(٣) انظر: «الهداية» (٢/ ٢٨٣)، و«المحيط البرهاني في الفقه النعماني» (٣/ ١٧٧).

(٤) رواه أحمد في «مسنده» (٧٧٠) من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه. ورواه أبو داود (٢٢٧٨)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٨٥٢٦)، والحاكم في «المستدرك» (٤٦١٤) عنه بلفظ: «الخالة أم» وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي. ورواه البخاري (٢٦٩٩) من حديث البراء بن عازب رضي الله عنه بلفظ: «الخالة بمنزلة الأم».

وَتُقَدَّمُ الْأُخْتُ مِن الْأَبِ وَالْأُمِّ، ثُمَّ الْأُخْتُ مِن الْأُمِّ، ثُمَّ الْأُخْتُ مِنَ الْأَبِ، ثُمَّ الْخَالَاتُ أَوْلَى مِن الْعَمَّاتِ وَيَنْزِلْنَ كَمَا نَزَلَت الْأَخَوَاتُ، ثُمَّ العَمَّاتُ يُنَزَّلْنَ كَذَلِكَ.

وَكُلُّ مَنْ تَزَوَّجَتْ مِنْ هَؤُلَاءِ: سَقَطَ حَقُّهَا فِي الحِضَانَةِ إِلَّا الْجَدَّةَ إِذَا كَانَ زَوْجُهَا الْجَدَّ.

فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لِلصَّبِيِّ امْرَأَةٌ مِنْ أَهْلِهِ، وَاخْتَصَمَ فِيهِ الرِّجَالُ: فَأَوْلَاهُمْ بِهِ: أَقْرَبُهُمْ تَعْصِيبًا.

قال: (وَتُقَدَّمُ الأُخْتُ مِن الأَبِ والأُمِّ). لأنها أشفقُ وأقربُ.

قال: (ثُمَّ الْأُخْتُ مِن الْأُمِّ) لأنها من قبَلِ الأمِّ.

قال: (ثُمَّ الأُخْتُ مِنْ الأَبِ، ثُمَّ الخَالَاتُ أَوْلَى مِن العَمَّاتِ وَيَنْزِلْنَ كَمَا نَزَلَت الأَخَوَاتُ) ترجيحاً لقرابةِ الأمِّ.

(ثُمَّ العَمَّاتُ يُنَزَّلْنَ كَذَلِكَ، وَكُلُّ مَنْ تَزَوَّجَتْ مِنْ هَؤُلَاءِ: سَقَطَ حَقُّهَا فِي الحِضَانَةِ إِلَّا الْجَدَّةَ إِذَا كَانَ زَوْجُهَا الجَدَّ) لما مرَّ من قوله عليه السَّلام: «أنتِ أحقُّ به ما لم تتزوَّجي»[1]، ولأنَّ[2] الأجنبيَّ يُعطيه نزْراً، وينظُرُ إليه شزَراً، إلا الجدَّ فإنه أشفقُ من الأبِ.

(هـ)[3]: وكذا كلُّ زوجٍ هو ذو رحِمٍ محرَمٍ منه؛ لقيامِ الشفقةِ المدلولِ عليها بالقَرابةِ، ومن سقطَ حقُّها بالتزوُّجِ يعودُ إذا ارتفعت الزوجيَّة.

---

(١) تقدم قريباً.

(٢) في (ج) و(ف) زيادة: «الرأي».

(٣) انظر: «الهداية» (٢/ ٢٨٤).

قال: (فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لِلصَّبِيِّ امْرَأَةٌ مِنْ أَهْلِهِ، وَاخْتَصَمَ فِيهِ الرِّجَالُ: فَأَوْلَاهُمْ بِهِ: أَقْرَبُهُمْ تَعْصِيبًا) لأنَّ الوِلايةَ لأقربِ العصَباتِ، لكنِ الصَّغيرةُ لا تُدفعُ إلى عصَبةٍ غيرِ محرَمٍ كمَولى العتَاقةِ وابنِ العمِّ حِذارَ الفتنةِ.

وَالْأُمُّ وَالْجَدَّةُ أَحَقُّ بِالْغُلَامِ حَتَّى يَأْكُلَ وَحْدَهُ، وَيَشْرَبَ وَحْدَهُ، وَيَلْبَسَ وَحْدَهُ، وَيَسْتَنْجِيَ وَحْدَهُ.

وَبِالْجَارِيَةِ حَتَّى تَحِيضَ، وَمَنْ سِوَى الْأُمِّ وَالْجَدَّةِ أَحَقُّ بِالْجَارِيَةِ حَتَّى تَبْلُغَ حَدًّا تُشْتَهَى.

وَالْأَمَةُ إِذَا أَعْتَقَهَا مَوْلَاهَا، وَأُمُّ الْوَلَدِ إِذَا أُعْتِقَتْ: فَهِيَ فِي الْوَلَدِ كَالْحُرَّةِ، وَلَيْسَ لِلْأَمَةِ وَأُمِّ الْوَلَدِ قَبْلَ الْعِتْقِ حَقٌّ فِي الْوَلَدِ.

وَالذِّمِّيَّةُ أَحَقُّ بِوَلَدِهَا الْمُسْلِمِ مَا لَمْ يَعْقِلِ الْأَدْيَانَ، وَيُخَافُ عَلَيْهِ أَنْ يَأْلَفَ الْكُفْرَ.

قال: (وَالْأُمُّ وَالْجَدَّةُ أَحَقُّ بِالْغُلَامِ حَتَّى يَأْكُلَ وَحْدَهُ، وَيَشْرَبَ وَحْدَهُ، وَيَلْبَسَ وَحْدَهُ، وَيَسْتَنْجِيَ وَحْدَهُ).

(صغر): حتى يستغنيَ فيأكُلَ ويشربَ ويلبِسَ وحدَه.

(ه)[1]: والمعنى واحدٌ؛ لأنَّ تمامَ الاستغناءِ بالقدرةِ على الاستنجاءِ؛ لأنَّه متى استغنى يحتاجُ إلى معرفةِ آدابِ الرجالِ، والآباءُ[2] أهدى إليها والخصَّافُ قدَّرَ الاستغناءَ بسبعِ سنين، وقيل: الخصَّافُ قدَّرَه بتسعٍ، والأولُ أصحُّ.

(شط): وقيل: أراد بالاستنجاء الوضوءَ، وقيل: نفسُ الاستنجاء.

---

(١) انظر المصدر السابق.

(٢) في (ف) و(ش): «والأب».

قـال: (وَبِالْجَارِيَـةِ حَتَّـى تَحِيـضَ) لأنَّ بعـد الاسـتغناءِ تحتـاجُ إلى معرفـةِ آداب النسـاء، والمـرأةُ عليهـا أقـدرُ، وبعـد البلوغ تحتـاجُ إلى التحصيـنِ والحفـظِ، والأبُ فيـه أقـوى وأهـدَى، وعن محمـدٍ أنَّها تُدفعُ إلـى الأبِ إذا بلغَـتْ حدَّ الشَّـهوةِ للحاجةِ إلـى صيانتِه.

قال: (وَمَنْ سِوَى الْأُمِّ وَالْجَدَّةِ أَحَقُّ بِالْجَارِيَةِ حَتَّى تَبْلُغَ حَدًّا تُشْتَهَى) (جص): حتى تستَغنيَ؛ لأنَّها لا تقدِرُ على استخدامِها، ولهذا لا تؤاجِرُها للخدمةِ، بخلافِ الأمِّ والجدَّةِ لقدرتِها عليه شرعاً.

(شط)[1]: عن أبي يوسُفَ ومحمدٍ: الأمُّ والجدَّتانِ أحقُّ بها حتى تُشتَهى، وهذا يختلِفُ باختلافهنَّ سِمَناً وهُزالاً، وقبحاً وجمالاً.

قال: (وَالْأَمَةُ إِذَا أَعْتَقَهَا مَوْلَاهَا، وَأُمُّ الْوَلَدِ إِذَا أُعْتِقَتْ: فَهِيَ فِي الْوَلَدِ كَالْحُرَّةِ) لأنَّهما حرَّتان كسائر الحرائر.

(وَلَيْـسَ لِلْأَمَـةِ وَأُمِّ الْوَلَـدِ قَبْـلَ الْعِتْـقِ حَـقٌّ فِـي الْوَلَـدِ): لعجزهما عـن الحضانةِ لاشـتغالِهما بخدمـةِ المولى.

(ه[2] شط): ولا حضانةَ للأَمةِ والمدبَّرةِ وأمِّ الولدِ والمكاتَبةِ؛ لاشتغالهنَّ بخدمةِ المولى، لكنْ إن كانَ الولدُ رقيقاً كُنَّ أحقَّ به؛ لأنَّه مملوكٌ لمولى الأمِّ، وهذا إذا ولَدَت قبل الكتابة، وإن ولَدَت بعدَها فهي أولى[3] به لدخولِه في الكتابة، وإن كان المستحِقُّون للحضانةِ إخوةً فأصلحُهم، فإن تساوَوا فأسنُّهم، وعن محمدٍ: لا حقَّ لذكرٍ من قبل

---

(١) انظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٥/ ٣٢٤).

(٢) انظر: «الهداية» (٢/ ٢٨٤).

(٣) في (ص) و(ف): «أحق».

النِّساء، ولا حقَّ في الحضانةِ لغيرِ المحرَمِ، ولا للأمِّ إذا لم تكُنْ مؤمنةً[١]، ولا للعصَبةِ الفاسقِ، ولا تُجبرُ الأمُّ على الحضانةِ، وفي اختيارِ أبي اللَّيثِ والهندَوانيِّ: تجبَرُ؛ لأنَّها أحقُّ بالولدِ وإذا امتنعَ الأبُ بعد الاستغناء عن الأخذِ يُجبَرُ.

(ه[٢] شط)[٣]: ولا خيارَ للغلامِ والجاريةِ، وقال الشافعيُّ[٤]: لهما الخيارُ: «لأنَّه عليه السَّلامُ خيَّرَ غلاماً»[٥] ولنا: أنَّه يختارُ مَن يدَعُه للَّعبِ، فيفوتُ النظرُ، والصحابةُ لم يُخيِّروا، وأمَّا الحديثُ فقال عليه السَّلامُ: «اللهمَّ اهدِه»[٦] فوُفِّقَ لاختيار الأنظَرِ.

قال: (**وَالذِّمِّيَّةُ أَحَقُّ بِوَلَدِهَا المُسْلِمِ مَا لَمْ يَعْقِلِ الأَدْيَانَ، وَيُخَافُ عَلَيْهِ أَنْ يَأْلَفَ الْكُفْرَ**) لأنَّها أشفقُ، إلا إذا خِيفَ على دينِه بأن يعقِلَ الأديانَ[٧]، ومفسَدةُ الخلَلِ في الديانةِ أعظمُ من مفسَدةِ الخلَلِ في الحضانة.

---

(١) في (ج): «مأمونة».

(٢) انظر «الهداية» (٢/ ٢٨٤).

(٣) انظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٥/ ٣٢٧).

(٤) انظر: «مغني المحتاج» (٥/ ١٩٨).

(٥) رواه أبو داود (٢٢٧٧)، والترمذي (١٣٥٧)، وقال: حديث حسن صحيح، وابن ماجه (٢٣٥١)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٦) رواه أبو داود (٢٢٤٤)، والنسائي (٣٤٩٥)، وأحمد في «مسنده» (٢٣٧٥٦)، والدارقطني في «السنن» (٤٠١٧)، والحاكم في «المستدرك» (٢٨٢٨)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٥٧٦٠) من حديث عبد الحميد بن سلمة الأنصاري، عن أبيه، عن جده رضي الله عنه. وفي بعض الروايات: «اللهم اهدها».
قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي.
قلت: عبارة المصنف توهم أنهما قصة واحدة، وروايات الأحاديث تبين أنهما قصتان، وانظر: «مشكل الآثار» (٨/ ١٠٤).

(٧) في هامش (ف): «وكذا لو أطعم لحم الخنزير وغيره».

وَإِذَا أَرَادَت الْمُطَلَّقَةُ أَنْ تَخْرُجَ بِوَلَدِهَا مِن المِصْرِ: فَلَيْسَ لَهَا ذَلِكَ إِلَّا أَنْ تُخْرِجَهُ إِلَى وَطَنِهَا، وَقَدْ كَانَ الزَّوْجُ تَزَوَّجَهَا فِيهِ.

وَعَلَى الرَّجُلِ أَنْ يُنْفِقَ عَلَى أَبَوَيْهِ وَأَجْدَادِهِ وَجَدَّاتِهِ إِذَا كَانُوا فُقَرَاءَ وَإِنْ خَالَفُوهُ فِي دِينِهِ، وَلَا تَجِبُ النَّفَقَةُ مَعَ اخْتِلَافِ الدِّينِ إِلَّا لِلزَّوْجَةِ وَالْأَبَوَيْنِ وَالْأَجْدَادِ وَالجَدَّاتِ وَالوَلَدِ وَوَلَدِ الوَلَدِ، وَلَا يُشَارِكُ الوَلَدَ فِي نَفَقَةِ أَبَوَيْهِ أَحَدٌ.

فصل

قال: (وَإِذَا أَرَادَتِ المُطَلَّقَةُ أَنْ تَخْرُجَ بِوَلَدِهَا مِن المِصْرِ: فَلَيْسَ لَهَا ذَلِكَ إِلَّا أَنْ تُخْرِجَهُ إِلَى وَطَنِهَا، وَقَدْ كَانَ الزَّوْجُ تَزَوَّجَهَا فِيهِ) لأنَّ تغريبَ الولدِ إضرارٌ به وبالأبِ، ووطَنُها ليس بدارِ غُربةٍ لها ولا لولدِها: فلا تُمنعُ منه، ولأنَّه لمَّا تزوَّجها في وطنِها فقد التزمَ المُقامَ فيه عُرفاً وشَرعاً، قال عليه السلام: «مَن تأهَّلَ ببلدةٍ فهو منهم»[1]، ولهذا يصيرُ الحربيُّ به ذِميًّا.

(هـ)[2]: وإن أرادتِ الخروجَ إلى مصرٍ غيرِ وطنِها، وقد كان التزوُّجُ فيه، أشار في (جص) إلى أنَّه لها ذلك؛ لأنَّ العقدَ متى وُجدَ في مكانٍ يوجِبُ أحكامَه فيه كالبيعِ ونحوِه، ومن جملةِ ذلك حقُّ إمساكِ الأولاد، وفي روايةِ كتابِ الطلاقِ ليس لها ذلك؛

(١) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٢٧١): روى ابن أبي شيبة في «مسنده»: حدثنا المعلى بن منصور عن عكرمة بن إبراهيم الأزدي عن عبد الله بن عبد الرحمن بن الحارث بن أبي ذئاب عن أبيه: أن عثمان صلى بمنى أربعًا، ثم قال: قال رسول الله ﷺ: «من تأهل في بلدة فهو من أهلها يصلي صلاة المقيم»، وإني تأهلت منذ قدمت مكة.

وروى نحوه المقدسي في «الأحاديث المختارة» (٣٧٢)، ورواه أحمد في «مسنده» (٤٤٣) بلفظ: «من تأهل في بلد فليصل صلاة المقيم».

(٢) انظر: «الهداية» (٢/ ٢٨٥).

لأنَّ التزوُّجَ في دار الغُربةِ ليس التزاماً بالمُكثِ فيه عُرفاً، وهذا أصحُّ، فالحاصلُ أنَّه لا بدَّ من الأمرَين جميعاً: التوطُّنِ ووجودِ التزوُّجِ فيه، وهذا إذا كان بين المصرَين تباعدٌ، فأمَّا إذا تقاربا بحيثُ يمكِنُ للوالدِ أن يطالِعَ ولدَه ويبيتَ في بيتِه: فلا بأس، وكذا الجوابُ في القريتَين، ولو انتقلت من قريةٍ إلى مصرٍ لا بأسَ به؛ لأنَّ فيه نظراً للصبيِّ؛ لأنَّه يتخلَّقُ بأخلاقِ أهلِ المصر، بخلافِ عكسِه؛ لأنَّ فيه ضرراً بالصبيِّ لتخلُّقِه بأخلاقِ أهل السَّواد.

(شط)[1]: ولا ينتقِلُ من مصرٍ إلى قريةٍ وإن كانت قريبة، وليسَ لغير الأمِّ ولا لأمِّ الولدِ إذا أُعتِقَتْ أن تخرُجَ بالولد من المصرِ الذي فيه أبوه؛ لأنَّ الإخراجَ بالعقدِ، وليس للأمِّ إخراجُ الولدِ إلى دارِ الحربِ وإن كانَ العقدُ ثمَّةَ؛ لأنَّه تعريضٌ له للسَّبي.

قال: (**وَعَلَى الرَّجُلِ أَنْ يُنْفِقَ عَلَى أَبَوَيْهِ وَأَجْدَادِهِ وَجَدَّاتِهِ إِذَا كَانُوا فُقَرَاءَ وَإِنْ خَالَفُوهُ فِي دِينِهِ**) لقوله تعالى في حقِّ الأبوَين: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥]، وليس من المعروفِ أنْ يعيشَ في نعمِ[2] الله تعالى ويترُكَهما يموتان جوعاً، والآيةُ نزلَتْ في الكافرَين[3]، وأمَّا الأجدادُ والجدَّاتُ فلأنَّهم من الآباءِ والأمهاتِ حتَّى قاموا مَقامَهم في الإرثِ عندَ عدمِهم، ولأنَّه سببٌ لإحيائه، فاستوجَبُوا[4] الإحياءَ عليه كالأبوَين، وشرَطَ الفقرَ؛ لأنَّه لو كان ذا مالٍ فنفقَتُه في مالِه أَولى، ولا يمتنِعُ ذلك باختلافِ الدينِ للآية.

قال: (**وَلَا تَجِبُ النَّفَقَةُ مَعَ اخْتِلَافِ الدِّينِ إِلَّا لِلزَّوْجَةِ وَالْأَبَوَيْنِ وَالْأَجْدَادِ وَالْجَدَّاتِ**

---

(١) انظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٥/ ٣٣١)

(٢) في (ش) و(ف): «نعمة».

(٣) في (ش): «في الأبوين».

(٤) في (ف): «لإحيائهم فاستوجب».

وَالْوَلَدِ وَوَلَدِ الْوَلَدِ) أمَّا الزوجة والأبوان فلما مرَّ، وأمَّا غيرُهم فلأنَّ الجزئيةَ ثابتةٌ وجزءُ المرء في معنى نفسِه، فكما لا يمنعُ نفقةَ نفسِه بكُفرِه: فكذا لا يمنعُ نفقةَ جُزئه، إلا أنَّهم إذا كانوا حربيِّينَ لا يجِبُ نفقتُهم على المسلمِ وإن كانوا مستأمَنين، لأنَّا نُهينا عن برِّ مَن يقاتِلُنا في الدين، ولا يجبُ على النصرانيِّ نفقةُ أخيه المسلم، وكذا على عكسِه؛ لأنَّ النفقةَ متعلقةٌ بالإرثِ، لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] ولا وراثةَ بينهما، بخلافِ العتقِ عند المِلك؛ لأنَّه متعلِّقٌ بالقرابةِ والمحرَميةِ بالحديثِ.

قال: **(وَلَا يُشَارِكُ الْوَلَدَ فِي نَفَقَةِ أَبَوَيْهِ أَحَدٌ)** لأنَّ لهما تأويلاً في مالِ الولد بالنصِّ، ولا تأويلَ لهما في مالِ غيرِه، ولأنَّه أقربُ الناسِ إليهما، فكان أَولى بوجوبِ نفقتِهما عليه.

(هـ)[1]: وهي على الذُّكورِ والإناثِ بالسويَّةِ في ظاهرِ الروايةِ، وهو الصَّحيحُ؛ لأنَّ المعنى يشملُهما.

وَالنَّفَقَةُ لِكُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ، إِذَا كَانَ صَغِيرًا فَقِيرًا، أَوْ كَانَت امْرَأَةً بَالِغَةً فَقِيرَةً، أَوْ كَانَ ذَكَرًا زَمِنًا، أَوْ أَعْمَى فَقِيرًا، وَيَجِبُ ذَلِكَ عَلَى قَدْرِ المِيرَاثِ.

وَتَجِبُ نَفَقَةُ الابْنَةِ البَالِغَةِ والابْنِ الزَّمِنِ عَلَى أَبَوَيْهِ، عَلَى الْأَبِ: الثُّلُثَانِ وَعَلَى الْأُمِّ: الثُّلُثُ، وَلَا تَجِبُ نَفَقَتُهُمْ مَعَ اخْتِلَافِ الدِّينِ، وَلَا تَجِبُ عَلَى الفَقِيرِ.

قال: **(وَالنَّفَقَةُ لِكُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ، إِذَا كَانَ صَغِيرًا فَقِيرًا، أَوْ كَانَت امْرَأَةً بَالِغَةً فَقِيرَةً، أَوْ كَانَ ذَكَرًا زَمِنًا، أَوْ أَعْمَى فَقِيرًا)** وقال الشافعيُّ[2]: لا تجبُ إلا للوالدَين والولدِ اعتباراً بالقرابةِ البعيدَةِ، ولو وجبَت لَما شُرطَ اليَسارُ، كما في قرابةِ الولادةِ[3]، ولنا: أنَّ

---

(١) انظر: «الهداية» (٢/ ٢٩٣).

(٢) انظر: «المهذب» (٣/ ١٥٨).

(٣) في (ج): «الولاد».

صلةَ قرابةِ ذي الرحِمِ المحرَمِ واجبةٌ، قال تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وفي قراءة ابن مسعودٍ رضي الله عنه: (وعلى الوارث ذي الرحِمِ المحرَمِ مثلُ ذلك [])[١] ثم الحاجةُ شرطٌ، والصِّغرُ والأنوثةُ والعَمى والزَّمانةُ أمارةُ الحاجة لتحقُّقِ العجزِ؛ فإنَّ القادرَ على الكسبِ غنيٌّ بكسْبِه بخلاف الأبوَين؛ لأنَّه يلحقُهما تعبُ الكسبِ، والولدُ مأمورٌ بدفعِ الضَّررِ عنهما، فتجِبُ نفقتُهما مع قدرتِهما على الكسبِ.

(**بط ص**[٢]): ولا يجبَرُ الموسِرُ على نفقةِ المعسِرِ من قرابتِه إذا كان رجلاً صحيحاً، وإن عجَزَ عن الكسْبِ، إلا في الوالدِ والجدِّ أبِ الأبِ، وفي أبِ الأمِّ روايتان.

(**ط**)[٣]: أمَّا الكبارُ الأصحَّاءُ فلا يُقضَى بنفقتِهم على غيرِهم وإنْ كانوا فقراءَ، إلا الأبوَين والجدَّ والجدَّةَ مع عدمِهما.

(**ط**)[٤]: شرطَ في الكتابِ لنفقةِ الوالدين كونَ الابن موسِراً، وهكذا ذكَره (**شب شس**) واعتبَرَ الخصَّافُ القدرةَ على الإنفاقِ ولم يعتبِرِ اليسارَ، وإذا كان الأبُ كَسُوباً والابنُ كسوباً (**شب شس**) يُجبَرُ الابنُ على الكسْبِ والنَّفقةِ على الأبِ. (**شح**): لا يُجبرُ.

(**بط**)[٥]: ثم لا بدَّ من معرفةِ اليسارِ الذي هو شرطٌ لوجوبِ النفقةِ، فعن أبي يوسُفَ أنَّه اعتبَرَ نصابَ الزكاةِ.

(**شب**): المعتبَرُ يسارُ محرَمٍ للصدَقةِ، وهو الصَّحيحُ، وعن محمدٍ: إذا فضَلَ من

---

(١) ذكرها أبو حفص النسفي في «التيسير في التفسير» (٣/ ٢٥٢).

(٢) في (ج): «جس».

(٣) انظر: «المحيط البرهاني» (٣/ ٥٨٤).

(٤) انظر: «المحيط البرهاني» (٣/ ٥٧٨).

(٥) انظر: «المحيط البرهاني» (٣/ ٥٨٤).

نفقةِ شهرٍ لنفسِه وعيالِه يُجبرُ على نفقةِ الأقاربِ، وعنه: إذا فضَلَ عنه من نفقةِ يومِه.

(شح): البالغُ إذا كان عاجزاً عن الكسبِ وهو صحيحٌ: فنفقَتُه على الأبِ، وهكذا قالوا في طالبِ العلم، إذا كان لا يَهتدي إلى الكسبِ: لا تسقُطُ نفقتُه عن الأبِ بمنزلةِ الزمِنِ والأنثى. **(قد)**: خلافُه.

قال: (ويَجِبُ ذَلِكَ عَلَى قَدْرِ المِيرَاثِ) لأن قولَه تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] ينبئُ عن ذلك ولأن الغُرمَ بالغُنمِ.

قال: **(وَتَجِبُ نَفَقَةُ الابْنَةِ البَالِغَةِ وَالابْنِ الزَّمِنِ عَلَى أَبَوَيْهِ، عَلَى الأَبِ: الثُّلُثَانِ وَعَلَى الأُمِّ: الثُّلُثُ)** باعتبارِ الإرثِ.

(هـ ط)[1]: وهذا روايةُ الخصَّافِ والحسَنِ، وفي ظاهرِ الروايةِ: كلُّ النفقةِ على الأبِ كما في الصَّغيرِ، ووجهُ الظاهرِ أنَّه اختصَّ في الصَّغير بالولايةِ، فتَختَصُّ بالنفقةِ كصدقةِ الفِطرِ، ولا كذلكَ في الكبيرِ لعدمِ الولايةِ.

(هـ)[2]: وفي غيرِ الوالدِ يُعتبَرُ قدرُ الميراثِ حتى تكونَ نفقةُ الصَّغيرِ على الأمِّ والجدِّ أثلاثاً، ونفقةُ الأخِ المعسِرِ على الأخواتِ المتفرِّقاتِ أخماساً على قدْرِ الميراثِ، وفي الإخوةِ المتفرِّقينَ أسداساً، سدُسُها على الأخ لأمٍّ، والباقي على الأخِ لأبٍ وأمٍّ، غيرَ أنَّ المعتبَرَ أهليةُ الميراث لا إحرازُه، فإنَّ المعسِرَ إذا كانَ له خالٌ وابنُ عمٍّ فنفقَتُه على خالِه وميراثُه لابن عمِّه، ولأنَّ النفقةَ تختَصُّ بذي الرحِمِ المحرَم.

(بط): حتى إذا كان له أمٌّ وابنُ عمٍّ فالنفقةُ على الأمِّ. وفي **(شب)** هكذا، ولو كان له أمٌّ وابنٌ فالنفقةُ كلُّها على الابنِ، وهل يرجِعُ العمُّ أو العمَّةُ على الأبِ إذا أيسَرَ بما

---

(١) انظر: «الهداية» (٢/ ٢٩٣)، و«المحيط البرهاني» (٣/ ٥٧٢).

(٢) انظر: «الهداية» (٢/ ٢٩٣).

أنفَقَ على الصَّغيرِ؟ (شص)[1]: لا يرجِعُ مَن يؤدِّي النفقةَ على الأبِ ولا على الابنِ بخلافِ الأمِّ إذا أيسَرَ زوجُها.

(شس): يرجِعُ، (شب): فيه اختلافُ المشايخ.

قال: (وَلَا تَجِبُ نَفَقَتُهُمْ مَعَ اخْتِلَافِ الدِّينِ) لبطلانِ أهليَّةِ الوراثةِ، وهي العلَّةُ.

قال: (وَلَا تَجِبُ عَلَى الفَقِير) لما مرَّ.

وَإِذَا كَانَ لِلابْنِ الغَائِبِ مَالٌ: قُضِيَ فِيهِ بِنَفَقَةِ أَبَوَيْهِ، وَإِنْ بَاعَ أَبَوَاهُ مَتَاعَهُ فِي نَفَقَتِهِ: جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَإِنْ بَاعَا الْعَقَارَ: لَمْ يَجُزْ، وَإِذَا كَانَ لِلابْنِ الْغَائِبِ مَالٌ فِي يَدِ أَبَوَيْهِ، فَأَنْفَقَا مِنْهُ: لَمْ يَضْمَنَا.

وَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ فِي يَدِ أَجْنَبِيٍّ، فَأَنْفَقَ عَلَيْهِمَا بِغَيْرِ إِذْنِ الْقَاضِي: ضَمِنَ.

وَإِذَا قَضَى الْقَاضِي لِلْوَلَدِ وَالْوَالِدَيْنِ وَذَوِي الْأَرْحَامِ بِالنَّفَقَةِ، فَمَضَتْ مُدَّةٌ: سَقَطَتْ، إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ الْقَاضِي فِي الِاسْتِدَانَةِ عَلَيْهِ.

قال: (وَإِذَا كَانَ لِلابْنِ الْغَائِبِ مَالٌ: قُضِيَ فِيهِ بِنَفَقَةِ أَبَوَيْهِ) وإنه من بابِ الإعانةِ على ما بيَّنَّا.

قال: (وإِنْ بَاعَ أَبَوَاهُ مَتَاعَهُ فِي نفقتِهِ: جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وهذا استحسانٌ.

قال: (وَإِنْ بَاعَا العَقَارَ: لَمْ يَجُزْ) وعندَهما: لا يجوزُ ذلك كلُّه، وهو القياسُ؛ لانقطاعِ ولايةِ الأبِ بالبلوغِ، ولهذا لا يملِكُه حالَ حضُورِه، ولا يملِكُ البيعَ في ديونِه غيرِ النفقَةِ، وكذا لا تملِكُه الأمُّ في النفقَةِ، ولأبي حنيفةَ أنَّ للأبِ ولايةَ الحفظِ في مال

---

(١) في (ش) و(ف): «شصد».

الغائبِ اعتباراً بالوصيِّ، وبل أَولى، وبيعُ المنقولِ من باب الحفظِ، ولا كذلك العقارُ، لأَنَّها محفوظةٌ بنفسِها، وبخلافِ غيرِ الأب من الأقاربِ؛ لأَنَّه لا ولايةَ لهم أصلاً في التصرُّفِ حالةَ الصغَرِ، ولا في الحفظِ بعد الكِبَرِ، وإذا جاز بيعُ الأب والثمنُ من جنسِ حقِّه وهو النفقةُ: فله الاستيفاءُ منه، كما لو باعَ العقارَ والمنقولَ على الصَّغيرِ، جازَ لكمالِ الولايةِ، ثمَّ له أن يأخُذَ نفقتَه لأَنَّه جنسُ حقِّه.

قلتُ: وبما ذكرنا تقرَّرَ أنَّ ما وقعَ في كثيرٍ من نُسخِ «المختصر»: (وإن باعَ أبوه متاعَه في نفقتِها) ليس بسديدٍ؛ والألفُ زيادةٌ وقعت من الكتَبة، لأَنَّه لا ولايةَ للأمِّ في بيع مال ابنِه الغائب أصلاً.

قال: (**وَإِذَا كَانَ لِلابْنِ الغَائِبِ مَالٌ فِي يَدِ أَبَوَيْهِ، فَأَنْفَقَا مِنْهُ: لَمْ يَضْمَنَا**) لأَنَّهما استوفَيا حقَّهما؛ لوجوبِ نفقتِهما قبل القضاء.

قال: (**وَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ فِي يَدِ أَجْنَبِيٍّ، فَأَنْفَقَ عَلَيْهِمَا بِغَيْرِ إِذْنِ الْقَاضِي: ضَمِنَ**) لأَنَّه تصرُّفٌ في مال الغير بغيرِ إذنه؛ لأَنَّه نائبٌ في الحفظِ لا غيرُ، بخلافِ ما إذا أَمَرَ القاضِي به؛ لأنَّ أمرَه ملزِمٌ لعمومِ ولايتِه، وإذا ضَمِنَ لا يرجِعُ على القابضِ؛ لأَنَّه ملَكَه، فظهرَ أَنَّه كان متبرِّعاً.

قال: (**وَإِذَا قَضَى القَاضِي لِلْوَلَدِ وَالوَالِدَيْنِ وَذَوِي الأَرْحَامِ بالنَّفَقَةِ، فَمَضَتْ مُدَّةٌ: سَقَطَتْ**) لأنَّ نفقةَ هؤلاءِ تجبُ كفايةً حتى لا تجب للموسِرِ[1]، وقد حصلَتِ الكفايةُ بمُضيِّ المدَّة، بخلافِ نفقةِ الزوجةِ المفروضَة؛ لأَنَّها تجبُ مع يسارِها، فلا تسقطُ بالاستغناءِ فيما مضَى.

قال: (**إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ الْقَاضِي فِي الاِسْتِدَانَةِ عَلَيْهِ**) لأنَّ أمرَه وإذنَه كإذنِ الغائب، فيصيرُ دَيناً في ذمَّتِه، فلا يسقُطُ بمُضيِّ المدة.

---

(١) في (ش): «على الموسر».

(بط)[1]: يُفرضُ على الأب المعسِرِ نفقةُ ولدِه الصغير إذا كان قادراً على الكسْبِ، فإن أبى أن يكتسِبَ: يُجبرُ ويُحبَسُ عليه، بخلافِ سائرِ الديونِ، فإنَّ الوالدَين وإن علَوا لا يُحبَسونَ بديونِ الأولادِ، ذكر الخصَّافُ أنَّه يُحبسُ، وإن كانَ عاجزاً عن الكسبِ لزَمانةٍ به يتكفَّفُ الناسَ وينفقُ عليهم، وقيل: تجبُ نفقتُهم في بيتِ المال.

وفي «أدب القاضي» في هذه الصُّورة: تُفرضُ النفقةُ على الزوجِ، ويأمُرُ المرأةَ بالاستدانةِ عليه، التمسَتْ ذلك أو لا، فإذا أيسَرَ طالبَتْه بالدَّين، فإن لم تستدِنْ عليه بعد الفرضِ لكنَّهم كانوا يأكلون من مسألةِ الناس، لم ترجِعْ عليه بشيءٍ، وليسَ هذا في حقِّ الأولاد خاصةً، بل في نفقةِ جميعِ المحارم، وذكر في أبوابِ زكاة «الجامع» أنَّ نفقةَ المحارمِ تصيرُ دَيناً بقضاءِ القاضِي.

(ط)[2]: وفيه اختلافُ المشايخِ.

وَعَلَى الْمَوْلَى أَنْ يُنْفِقَ عَلَى عَبْدِهِ وَأَمَتِهِ، فَإِن امْتَنَعَ وَكَانَ لَهُمَا كَسْبٌ: اكْتَسَبَا، وَأَنْفَقَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا كَسْبٌ: أُجْبِرَ الْمَوْلَى عَلَى نَفَقَتِهِمَا، أَوْ بَيْعِهِمَا.

قال: (**وَعَلَى الْمَوْلَى أَنْ يُنْفِقَ عَلَى عَبْدِهِ وَأَمَتِهِ**) لقوله عليه السَّلامُ في المماليك: «إنهم إخوانُكم، جعلَهُم الله تعالى تحتَ أيديكم، أطعِمُوهم مما تأكلون، وألبِسُوهم مما تلبَسونَ، ولا تعذِّبُوا عبادَ الله»[3].

---

(١) انظر: «المحيط البرهاني» (٣/ ٥٦٩).

(٢) انظر: «المحيط البرهاني» (٨/ ٦٠٦).

(٣) رواه البخاري (٦٠٥٠)، ومسلم (١٦٦١) من حديث أبي ذرٍّ رضي الله عنه. دون قوله: «ولا تعذبوا عباد الله» وإنما جاءت في رواية عبد الرزاق في «مصنفه» (١٧٩٣٥) من حديث عبد الرحمن بن يزيد عن أبيه رضي الله عنه. وعنه عند أحمد في «مسنده» (١٦٤٠٩) بلفظ: «ولا تعذبوهم».
ورواها ابن حبان في «صحيحه» (٤٣١٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

قال: (**فَإِنِ امْتَنَعَ وَكَانَ لَهُمَا كَسْبٌ: اكْتَسَبَا، وَأَنْفَقَا**) لأنَّ فيه نظراً للجانبَين.

قال: (**وإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا كَسْبٌ: أُجْبِرَ المَوْلَى عَلَى نفقَتِهِمَا، أو بَيْعِهِمَا**) لأنَّ في البيعِ إيفاءِ حقِّهما وإبقاءَ حقِّ المولى بالخُلفِ، بخلافِ سائرِ الحيواناتِ والأبنيةِ والزُّروعِ والأشجارِ؛ لأنَّ المماليكَ من أهلِ الاستحقاقِ دونَ غيرِها: فلا يُجبرُ على نفقتِها، لكنَّه يؤمَرُ به في سائرِ الحيواناتِ ديانةً، وعن أبي يوسُفَ: أنَّه يُجبرُ، والأولُ أصحُّ.

(**بط**)[١]: وفي المدبَّر وأمِّ الولد: يُجبرُ المولى على الإنفاقِ لا غيرُ.

(**ن**[٢] إذا أقترَ عليه مولاهُ في نفقتِه، ليسَ له أن يأكُلَ من مالِ مولاهُ، لكنَّه يكتسِبُ فيأكلُ، إلَّا إذا كان صغيراً أو جاريةً أو عاجزاً عن الكسْبِ: فله أن يأكُلَ، فإن لم يأذَنْ له في الكسْبِ: فله أنْ يأكُلَ من مالِه[٣].

(**خك**): وللعبدِ أنْ يأخذَ من مالِ سيِّدِه قدْرَ[٤] كفايتِه.

(**ط**)[٥]: ولو تنازعا في أمَةٍ أو عبدٍ في أيدِيهما: يُجبرانِ على نفقتِه.

(**بط**): نفقةُ الدَّابةِ المستأجَرةِ على الآجرِ. (**جت**): إذا شرَطَ العلَفَ على المستأجِرِ: لم يضمَنْ، وإن لم يعلِفْها حتى ماتَتْ، لأنَّ بدلَ المنافعِ تعودُ إلى ملكِ[٦] الرقبةِ، ومن ركبَ فَرَساً حبيساً في سبيلِ الله، فنفقتُه عليه حتى يرُدَّه، والعبدُ الموصَى له بالخدمةِ نفقتُه على الموصَى له، ثم الأصلُ أنَّ مَن كانت له المنفعةُ أو بدلُها فالنفقةُ عليه، سواءٌ كان مالكاً أو لا، والله أعلم.

---

(١) انظر: «المحيط البرهاني» (٣/ ٥٨٩).

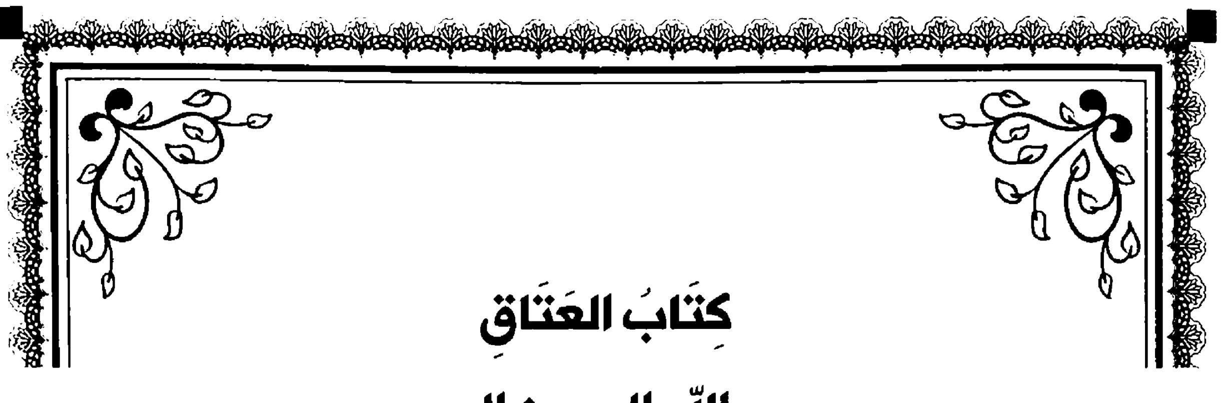
(٢) في (ف): (ط) وفي الهامش (ن).

(٣) انظر: «البحر الرائق» لابن نجيم (٤/ ٢٣٨).

(٤) في (ج): «دون».

(٥) انظر: «المحيط البرهاني» (٣/ ٥٨٩).

(٦) في (ش) و(ج): «مالك».



كِتَابُ العَتَاقِ

بسم الله الرحمن الرحيم

العِتْقُ يَقَعُ مِن الحُرِّ البَالِغِ العَاقِلِ فِي مِلْكِهِ، وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ أَوْ أَمَتِهِ: أَنْتَ حُرٌّ، أَوْ عَتِيقٌ، أَوْ مُعْتَقٌ، أَوْ مُحَرَّرٌ، أَوْ قَدْ حَرَّرْتُكَ، أَوْ أَعْتَقْتُكَ: فَقَدْ عَتَقَ نَوَى بِهِ الْعِتْقَ أَوْ لَمْ يَنْوِ.

وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ: رَأْسُكَ حُرٌّ، أَوْ وَجْهُكَ، أَوْ رَقَبَتُكَ، أَوْ بَدَنُكَ، أَو قَالَ لِأَمَتِهِ: فَرْجُكِ حُرٌّ.

وَلَو قَالَ: لَا مِلْكَ لِي عَلَيْكَ، وَنَوَى بِهِ الْحُرِّيَّةَ: عَتَقَ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ: لَمْ يَعْتِقْ، وَكَذَلِكَ كِنَايَاتُ الْعِتْقِ.

وَلَو قَالَ: لَا سُلْطَانَ لِي عَلَيْكَ، وَنَوَى به الْعِتْقَ: لَمْ يَعْتِقْ، وَلَو قَالَ: هَذَا ابْنِي، وَثَبَتَ عَلَى ذَلِكَ أَوْ قَالَ: هَذَا مَوْلَايَ، أَوْ: يَا مَوْلَايَ: عَتَقَ.

اعلم أنَّ الإعتاقَ تصرُّفٌ مندوبٌ، مَرضِيٌّ لمالكِ المملوكِ والمماليكِ محبوبٌ؛ دلَّتْ عليه المشاهيرُ من الأخبارِ والصَّحيحةُ من الآثارِ، منها قولُه عليه السَّلامُ: «أيُّما مسلمٍ أعتقَ مؤمناً أعتقَ اللهُ تعالى بكلِّ عضوٍ منه عضواً منه من النار»[1]، ولهذا يستحَبُّ أن يعتقَ الرجلُ عبداً والمرأةُ أمَةً؛ ليتحقَّقَ مقابَلةُ الأعضاءِ بالأعضاءِ.

---

(١) رواه الطبراني في «المعجم الكبير» (١٠٦٤٠) من حديث ابن عباس رضي الله عنه.

ورواه البخاري (٢٥١٧)، ومسلم (١٥٠٩)، والترمذي (١٥٤١)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٤٨٥٤)، وأحمد في «مسنده» (١٠٨٠١) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، بلفظ: «أيما رجل أعتق امرأ مسلماً، استنقذ الله بكلِّ عضوٍ منه عضواً منه من النار».

والعتقُ الخروجُ من المملوكيَّة، كذا قاله في «المغرب»[١]: يقالُ: عتَقَ العبدُ وأعتَقَه مَولاه، وقد يقامُ العتقُ مقامَ الإعتاقِ، ومنه قوله: مع عتقِ مولاكَ إيَّاك، إذا عرفنا هذا...

قال الشيخ رحمه الله: (**العِتْقُ يَقعُ مِن الْحُرِّ الْبَالِغِ العَاقِلِ فِي مِلْكِهِ**) شرطُ الحريةِ؛ لأنَّ العتقَ إسقاطُ المِلك، ولا مِلكَ للرَّقيقِ، والبلوغِ؛ لأنَّ الصبيَّ ليسَ من أهلِه لأنَّه تبرُّعٌ، وهو ضررٌ ظاهرٌ، ولهذا لا يملِكُه الوليُّ عليه، والعقلُ؛ لأنَّ المجنونَ ليس بأهلٍ للتصرُّفِ، ولهذا لو قال البالغُ المفيقُ: أعتقتُه وأنا صبيٌّ أو مجنونٌ، وكان جنونُه ظاهراً: فالقولُ قولُه لإسنادِه إلى حالةٍ مُنافيةٍ للجوازِ، وكذا لو قالَ الصَّبيُّ: كلُّ مملوكٍ أملِكُه فهو حرٌّ إذا احتلمتُ: لا يصِحُّ، فدلَّ على عدمِ أهليَّتِه، ولا بدَّ من أنْ يكونَ المعتَقُ في مِلْكِه؛ لقوله عليه السَّلامُ: «لا عتقَ فيما لا يملِكُه ابنُ آدم»[٢].

قال: (**وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ أَوْ أَمَتِهِ: أَنْتَ حُرٌّ، أَوْ عَتِيقٌ، أَوْ مُعْتَقٌ، أَوْ مُحَرَّرٌ، أَوْ قَدْ حَرَّرْتُكَ، أَوْ أَعْتَقْتُكَ: فَقَدْ عَتَقَ نَوَى بِه العِتْقَ أَوْ لَمْ يَنْوِ**) لأنَّ هذه الألفاظَ صريحٌ في العتقِ؛ لأنَّها مستعمَلةٌ فيه شرعاً وعُرفاً، فأغنَتْ عن النيَّةِ، فلو قال: عنَيتُ به الإخبارَ الباطلَ، أو أنَّه حرٌّ من العملِ صدقَ ديانةً لا قضاءً؛ لأنَّه يحتمِلُه، لكنه خلافُ الظاهرِ؛ لأنَّها جُعلَت إنشاءً شرعاً، كما في الطَّلاقِ والبيعِ.

(**بط ه**)[٣]: ولو قال: يا حرُّ، يا محرَّرُ، يا عتيقُ: عتق إلا إذا سمَّاه حراً ثمَّ ناداه: يا حرُّ.

---

(١) انظر: «المغرب» (ص: ٣٠٣).

(٢) رواه أبو داود (٢١٩٠)، والترمذي (١٢١٧»، وأحمد في «مسنده» (٦٧٦٩)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٥٢٠) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وفيه: «لا طلاق إلا فيما تملك، ولا عتق إلا فيما تملك». قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٣) انظر: «الهداية» (٢/ ٢٩٦).

(ط ث)[١]: أشهَدَ أنَّ اسمَ عبدِه حُرٌّ، ثم دعاه: يا حُرُّ: لم يعتِقْ، ولو ناداه بالفارسية يا آزاد يعتِقُ، وكذا على عكسِه؛ لأنَّه ليس باسمِ علَمِه، ولو جرى لفظُ التحرير أو الطلاقِ على لسانِه خطأً: يعتِقُ وتطلُقُ امرأتُهُ في الرِّواياتِ المشهورةِ، وعن أبي حنيفةَ أنَّه لغوٌ.

(ث): بعثَ غلامَه إلى بلدٍ، فقال له: إذا استقبلك أحدٌ فقل: إني حرٌّ ففعل: عتَقَ، أو بعَثَه مع جماعةٍ وقال لهم: مَن سألَ عنه عاشَرَ أو غيرَه فقولوا: هو حرٌّ ففعلوا: أُعتِقَ، قضاءً لا ديانةً، ولا يعتِقُ قبله، كما لو قال لعبدِه: قل: أنا حرٌّ، فقال عتَقَ، ولا يعتِقُ قبلَه، ولو كانَ المولى قال له: سمَّيتُه حرًّا، فقولوا: إنَّه حرٌّ، فقالوا: لا يعتِقُ.

(ط)[٢]: ولو قال: بنو آدمَ كلُّهم أحرارٌ: لا يَعتِقُ عبدُه إلَّا بالنيَّةِ بالاتفاقِ، ولو قال: كلُّ عبدٍ في هذه السِّكةِ أو في هذه [الدار] حرٌّ، وفيها عبده ولم ينوِه: عتَقَ بالاتفاقِ، ولو قال: كلُّ عبدٍ في المسجدِ الجامعِ يومَ الجمُعةِ حرٌّ، أو قال: كلُّ امرأةٍ فيه فهي طالقٌ، أو قال: كلُّ عبيدِ أهلِ بلْخَ أحرارٌ، أو قال: أهلُ بغدادَ وعبدُه وامرأتُه فيه، ولم يَنوِه: لا يعتِقُ، ولا تطلُقُ عند أبي يوسُفَ، وروى ابنُ سَماعةَ عن محمدٍ أنَّه يعتقُ، وبالأول أخذَ عصامٌ، وبالثاني شدَّادٌ، ولو قال لعبدِه: أنتِ حرةٌ، أو قال لأمَتِه: أنت حرٌّ: عَتَقَ.

قال: (**وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ: رَأْسُكَ حُرٌّ، أَوْ وَجْهُكَ، أَوْ رَقَبَتُكَ، أَوْ بَدَنُكَ، أَو قَالَ لِأَمَتِهِ: فَرْجُكِ حُرٌّ**) لأنَّ هذه الألفاظَ يعبَّرُ بها عن جميعِ البدنِ على ما بينَّا في كتابِ الطلاقِ، وأمَّا إذا أضافَه إلى جزءٍ شائعٍ منها، فسيأتي إن شاء الله تعالى، ولو قال: يدكَ أو رِجلُكَ حرٌّ: لا يعتِقُ عندنا، خلافاً للشافعيِّ[٣]، كما مرَّ في كتاب الطلاق، ولو قال لعبدِه:

---

(١) انظر: «المحيط البرهاني» (٤/ ٥).

(٢) انظر: «المحيط البرهاني» (٤/ ٦).

(٣) انظر: «نهاية المطلب» (١٩/ ٢٠٣).

فرجُك حرٌّ، عتَقَ عند أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ، وعن محمدٍ فيه روايتان، وكذا لو قال: ذكَرُك حرٌّ، يعتِقُ.

(جت): ولو قال: بدنُك بدنٌ حرٌّ: عتَقَ، وكذا الفرجُ والرأسُ، وعن أبي يوسُفَ: رأسُك رأسٌ حرٌّ أو رأسُ حرٍّ: أنَّه لا يعتِقُ.

(ط[1] م[2]): قال لها: فرجُكِ حرٌّ عن الجماع: تعتِقُ قضاءً، من قال لعبده: أنت أعتَقُ منِّي، أو قال لامرأتِه: أنتِ أطلقُ من فلانةٍ، وهي مطلَّقةٌ، إن نوى عتَقَ وطلُقَت، وقيل: يعتِقُ بدون النية، ولو قال: أنتَ عتيقُ فلانٍ يعتِقُ، بخلافِ قولِه: أعتقتُك فلانٌ.

قال: **(ولَو قَالَ: لَا مِلْكَ لِي عَلَيْكَ، وَنَوَى بِهِ الحُرِّيَّةَ: عَتَقَ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ: لَم يَعْتِقْ، وَكَذَلِكَ كِنَايَاتُ العِتْقِ)** مثلَ قولِه: خرجتَ من ملكِي، ولا سبيلَ لي عليك، ولا رِقَّ لي عليكَ، وقد خلَّيْتُ سبيلَك؛ لأنَّه يحتمِلُ حصولَ هذه المعاني بالبيعِ والكنَايةِ كما يحتمِلُها بالعتقِ: فلا بدَّ من النيةِ.

(ط)[3]: ولو قال: كلُّ مالٍ لي حرٌّ: لا يعتِقُ عبدُه، ولو قال: نسبُكَ حرٌّ أو أصلُكَ حرٌّ، فإن علِمَ أنَّه سبيٌّ: لم يعتِقْ، وإلَّا: عتَقَ، ولو قال: أبواكَ حرَّان: لم يعتِقْ.

قال: **(ولَو قَالَ: لَا سُلْطَانَ لِي عَلَيْكَ، وَنَوَى بِهِ العِتْقَ: لَمْ يَعتِقْ)** لأنَّ السلطانَ اليدُ المسلَّطةُ[4]، وسمِّيَ السلطانُ به لقيامِ يدِه على رعيَّتِه، وقد يبقى المِلكُ دونَ اليد كالمكاتَب، بخلاف قولِه: لا سبيلَ لي عليك؛ لأنَّ نفيَ السبيلِ مطلقاً إنما يكونُ بانتفاء المِلكِ؛ لأنَّ للمَولى على المكاتَبِ سبيلاً.

---

(١) انظر: «المحيط البرهاني» (٤/ ٧).

(٢) في (ف): (جت) وفي الهامش (ط م).

(٣) انظر: «المحيط البرهاني» (٤/ ٨).

(٤) في (ش): «المتسلطة»، وفي (ج): «المتسلط».

(ط)[1]: ولو قال: اذهَبْ حيثُ شئتَ، توجَّهْ أينما شئتَ من بلادِ الله، لا يدَ لي عليك، لا حُجَّةَ لي عليك، بِنتِ منِّي، خلَّيتُك، أو أنتِ خليَّةٌ، وما أشبهَ ذلك من كنايات الطلاقِ: لا يعتِقُ في جميع هذه الصورِ وإن نوى، وعن أبي يوسُفَ: قال لأمَتِه: طلقتُك ونوى: عتَقَت.

قال: (**وَلو قَالَ: هَذَا ابْنِي، وَثَبَتَ عَلَى ذَلِكَ، أَوْ قَالَ: هَذَا مَوْلَايَ، أَوْ: يَا مَوْلَايَ: عَتَقَ**) بغير نيةٍ، وتأويلُ المسألة الأولى إذا كان يولَدُ مثلُه لمثلِه، فإن كان لا يولَدُ يذكَرُ بعدَ هذا، وإنما يعتِقُ به لأنَّ البُنوَّةَ سببُ الحريةِ، والكنايةُ بالسببِ عن المسبَّبِ مذهبُ بعضِ العرب.

قلتُ: وقولُه: «هذا ابني وثبت على ذلك» لم يذكُرِ الثبوتَ عليه على وجهِ الشرطِ؛ لأنَّه ذُكرَ[2] في (فخ ط[3] شس[4]): وغيرِها، وعلى هذا قالوا في الزوجةِ: هذه بنتي، وهي تصلُحُ بنتاً له، ثم قال: أُوهمت أو أخطأتُ: لم تقَعِ الفُرقةُ، وإنما تقعُ إذا دامَ وثبتَ على ذلكَ.

(شس): ومعنى الثُّبوتِ عليه أن يقولَ: هو حقٌّ، لا يصدَّقُ بعدَه في دعوى الوَهمِ والخطأ، ولو قالَ لعبدِه: هذا ابني، أو لأمَتِه: هذه بنتي، ثمَّ قال: أخطأتُ؛ تعتِقُ ولا يصدَّقُ، ولو قال لأمَتِه وهي مجهولةُ النسَبِ، وهي أصغرُ سناً منه: هذه بنتي، ثم تزوَّجها: جاز، أصرَّ على ذلك أم لا، هكذا في (ص): قال: لكن قالوا: هذا

(١) انظر: «المحيط البرهاني» (٤/ ١١).

(٢) «لأنه ذكر»: ليست في (ج).

(٣) انظر: «المحيط البرهاني» (٣/ ٧٦).

(٤) انظر: «المبسوط» للسرخسي (٥/ ١٤٣).

الجـوابُ فـي معروفةِ النسـبِ، فأمَّا في مجهولـةِ النسـبِ إن دامَ على ذلك ثـم تزوَّجها: لـم يجُـزْ، وإلَّا: جازَ.

قلتُ: فبهذِه المسائل عُرفَ أنَّ الثبوتَ على ذلك شرطٌ في الفُرقةِ وامتناعِ جوازَ النكاحِ دونَ العتقِ، وأمَّا إذا قال: هذا مَولاي، أو يا مَولاي، فإنَّ اسمَ المولى وإن كانَ ينتظِمُ الناصرَ وابنَ العمِّ والمواليَ في الدِّينِ والأعلى والأسفَلَ في العتقِ، لكن القرائنُ دلَّتْ على عدَمِ إرادةِ غيرِها؛ لأنَّ المولى لا يستنصِرُ بعبدِه، وللعبدِ نسَبٌ معروفٌ، فانتفَى الثاني والثالثُ مجازٌ: فلا يُصارُ إليه مع إمكانِ الحملِ على الحقيقَةِ، والإضافةُ إلى العبدِ تُنافي كونَه معتِقاً: فتعيَّنَ الأسفلُ مراداً، فالتَحَقَ بالصَّريحِ.

(هـ)[1]: وكذا إذا قال لأمَتِه: هذِه مَولاتي، ولو قال: عنَيتُ به المولى في الدِّين، أو الكذِبِ صُدِّقَ ديانةً لا قضاءً، وإذا ثبت أنَّه التحَقَ بالصريحِ: يعتِقُ بلفظِ النداءِ كالصريحِ.

إذا قال: يا حرُّ، يا عتيقُ: يعتِقُ، وقال زُفَرُ: لا يعتِقُ بلفظِ النداءِ[2]؛ لأنَّه للإكرامِ، كما إذا قال: يا سيدي، يا مالِكي، قلنا: الحملُ على الحقيقةِ أولى، بخلاف ما ذُكرَ؛ لأنَّه ليسَ فيه ما يختصُّ بالعتقِ، فكان إكراماً محضاً.

(شق): إذا وصف العبدَ بصفةِ مَن يعتِقُ عليه إذا ملَكَه، كقوله: أبي وعمِّي وخالي وأمِّي: يعتِقُ؛ لِما ذكَرْنا، وذكرَ في «الأصل» أنَّه يعتِقُ في جميعِ ذلك إلا في قولِه: هذا أخِي، وهذِه أختِي: فإنَّه لا يعتِقُ عليه[3].

---

(١) انظر: «الهداية» (٢/ ٢٩٧).

(٢) من قوله: «كالصريح... إلى قوله: بلفظ النداء»: ليست في (ج).

(٣) انظر: «الأصل» لمحمد بن الحسن (٥/ ٦٧).

وَلَو قَالَ: يَا ابْنِي، أَوْ يَا أَخِي: لَمْ يَعْتِقْ، وَلَو قَالَ لِغُلَامٍ لَا يُولَدُ مِثْلُهُ لِمِثْلِهِ: هَذَا ابْنِي: عَتَقَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يَعتَق.

وَإِنْ قَالَ لِأَمَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ، يَنْوِي الْحُرِّيَّةَ: لَمْ تَعْتِقْ، وَلَو قَالَ لِعَبْدِهِ: أَنْتَ مِثْلُ الْحُرِّ: لَمْ يَعْتِقْ، وَلَو قَالَ: مَا أَنْتَ إِلَّا حُرٌّ: عَتَقَ.

قال: (**وَلَو قَالَ: يَا ابْنِي، أَوْ يَا أَخِي: لَمْ يَعْتِقْ**) لأنَّ النداءَ لإعلامِ المنادى، لكنَّه متى كان يوصَفُ يمكن إثباتُه من جهتِه حالَ النداءِ كان لتحقيقِ ذلك الوصفِ في المنادَى ليستحضِرَه بالوصفِ المخصوصِ، كقوله: يا حرُّ، يا عتيقُ، ومتى كان يوصَفُ لا يمكِنُ إثباتُه من جهتِه كان لمجرَّدِ الإعلامِ دونَ تحقيقِ الوصفِ فيه، والبُنوةُ لا يمكِنُ إثباتُها حالةَ النداء من جهتِهِ؛ لأنَّه لو انخلَقَ من ماءِ غيرِه لا يصيرُ ابناً له بهذا النداءِ، وعن أبي حنيفةَ شاذًّا أنَّه يعتِقُ فيهما، والاعتمادُ على الأول.

(**ه**)[1]: ولو قال: يا ابن، لا يعتِقُ؛ لأنَّه ابنُ أبيه، وكذا لو قالَ: يا بنيَّ أو يا بنيَّةُ؛ لأنَّه تصغيرُ الابنِ والبنتِ، كذا ذكره (**شب شس**).

(**جت ط**)[2]: لو قال لغلامِه: هذه بنتي، أو لجاريتِه: هذا ابني، يعتِقُ عندهما خلافاً لمحمدٍ، وقيل: لا يعتِقُ عند الكلِّ، وهو الأظهرُ.

(**ط**)[3]: قال لغلامِه: يا أخِي، يا عمِّي، أو لأمَتِه يا أختي، يا عمَّتي، يا خالتي: لا يعتِقُ.

قال: (**ولَو قَالَ لِغُلَامٍ لَا يُولَدُ مِثْلُهُ لِمِثْلِهِ: هَذَا ابْنِي: عَتَقَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وقَالَا:**

---

(١) انظر: «الهداية» (٢/ ٢٩٨).

(٢) انظر: «المحيط البرهاني» (٤/ ١٢).

(٣) انظر المصدر السابق.

لَا يعتَق) وبه الشافعيُّ[١]؛ لأنَّه محالٌ فيلغو، كقوله: أعتقتك قبلَ أن تُخلقَ أو قال: أُخلقَ، وله أنَّه إن كان مُحالاً بحقيقته لكنَّه صحيحٌ بمجازِه؛ لأنَّه إخبارٌ عن حريتِه من حين مِلكِه؛ لأنَّ البنوَّةَ في المملوكِ سببٌ لحريَّتِه إجماعاً، وذِكرُ السبَبِ وإرادةُ المسبَّبِ شائعٌ في اللُّغةِ، بخلافِ قولِه: قبلَ أن يخلَقَ؛ لأنَّه لا وجهَ له في المجازِ: فتعيَّنَ الإلغاء، وبخلافِ ما إذا قال لغيرِه: قطعْتُ يدَك، ثمَّ أخرجَهما صحيحتَين، حيث لا يكونُ إقراراً بالمالِ؛ لأنَّ قطعَ اليدِ سببٌ لوجوبِ الديَةِ على العاقلةِ، وإنه لا يصدُقُ على العاقلةِ.

(ط)[٢]: وعلى هذا الخلافِ إذا قالَ لمن هو أصغرُ سنًّا منه: هذَا أبِي، أو لجَاريتِه: هذِه أمِّي، ولو قال: هذا أخِي لأبي أو لأمِّي: عتَقَ.

(هـ)[٣]: قال لصبيٍّ: هذا جدِّي، قيل: هو على الخلافِ، وقيل: لا يعتِقُ إجماعاً.

(م): هشامٌ عن محمدٍ: هذه خالتي من زِنًى، أو عمَّتي، أو ابنُ أخي في النسب من زنًى: يعتِقُ.

(ط): قيل له: أعتقتَ[٤] هذا؟ فأشار برأسِه أي: نعم: لا يعتِقُ، وفي النسب: يثبُتُ، عن أبي يوسُفَ: يهجِّي قولَه: أنت حرٌّ أو أنتِ طالقٌ ونواه: عتَقَ وطلُقَت.

قال: (وَإِنْ قَالَ لِأَمَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ، يَنْوِي الْحُرِّيَّةَ: لَمْ تَعْتِقْ) خلافاً للشافعيِّ[٥] لموافقةِ المِلكَين، ألا ترى أنَّه لو قال لامرأتِه: أنتِ حرةٌ ونوى الطلاقَ: يقعُ، ولنا: أنَّه نوى ما لا يحتمِلُه لفظُه؛ لأنَّ الإعتاقَ لغةً: إثباتُ القوة، والطلاقَ: إزالةُ قيدِ النكاح، وهما غيران، والأولُ أقوى، فلا يُجعلُ الأدنى مجازاً عنه دونَ عكسِه.

---

(١) انظر: «تحفة المحتاج» (١٠/ ٤٣٠).

(٢) انظر: «المحيط البرهاني» (٤/ ١٢).

(٣) انظر: «الهداية» (٢/ ٢٩٨).

(٤) في (ج): «أعنيت».

(٥) انظر: «الحاوي الكبير» (١٠/ ١٦٤).

قلتُ: ويمكنُ أن يُقالَ: الطلاقُ لإزالة مِلكِ منفعةِ البُضعِ، والإعتاقُ لإزالة مِلكِ الرقبةِ، ويلزمُ من زوال مِلكِ الرقبةِ زوالُ مِلكِ منفعةِ البُضعِ، أمَّا لا يلزمُ من زوال ملكِ المنفعةِ زوالُ مِلكِ الرقبة.

(ط)[1]: وجميعُ كنايات الطلاق على هذا الخلاف.

قال: (**ولَو قَالَ لِعَبْدِهِ: أَنْتَ مِثْلُ الْحُرِّ: لَمْ يَعْتِقْ**) لأنَّ «مثل» تستعمَلُ للمشاركة في بعضِ الأوصافِ، كالصورة والخُلقِ والكرمِ ونحوها: فلا يعتِقُ بالشكِّ.

قال: (**ولَو قَالَ: مَا أَنْتَ إلَّا حُرٌّ: عَتَقَ**) لأنَّ الاستثناءَ من النفي إثباتٌ مؤكَّدٌ كما في كلمةِ التوحيدِ.

(هـ)[2]: ولو قالَ: رأسُك رأسُ حرٍّ: لم يعتِقْ، ولو قال: رأسٌ حرٌّ: عتَقَ.

قلتُ: وقد مرَّ خلافُه عن أبي يوسُفَ.

وَمَن مَلَكَ الرَّجُلُ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ: عَتَقَ عَلَيْهِ، وَإِذَا أَعْتَقَ المَولَى بَعْضَ عَبْدِهِ: عَتَقَ ذَلِكَ البَعْضُ، وَسُعِيَ فِي بَقِيَّةِ قِيمَتِهِ لِمَوْلَاهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وقَالَا: يَعْتِقُ كُلُّهُ.

وَإِذَا كَانَ العَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ، فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ: عَتَقَ فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا: فَشَرِيكُهُ بِالْخِيَارِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ شَرِيكَهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْعَبْدَ.

وَإِنْ كَانَ المُعْتِقُ مُعْسِرًا: فَالشَّرِيكُ بِالخِيَارِ: إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى العَبْدَ، وَالوَلَاءُ بَيْنَهُمَا فِي الوَجْهَينِ، وَقَالَا: لَيسَ لَهُ إِلَّا الضَّمَانُ مَعَ اليَسَارِ، أَوْ السِّعَايَةِ مَعَ الإِعْسَارِ.

---

(١) انظر: «المحيط البرهاني» (٤/ ١١).

(٢) انظر: «الهداية» (٢/ ٢٩٩).

فصلٌ

قال: (ومَن مَلَكَ الرَّجُلُ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ: عَتَقَ عَلَيْهِ)[١] لقوله عليه السَّلامُ: «مَنْ ملكَ ذا رحِمٍ محرَمٍ منه عتَقَ» واللفظُ بعمومِه ينتظِمُ قرابةَ الوِلادِ[٢] والقرابةَ المتوسِّطةَ المؤبَّدةَ بالمحرَميةِ، والشافعيُّ[٣] خالَفَنا في القرابةِ المتوسِّطةِ كقرابة الإخوةِ والعُمومةِ والخؤولةِ ونحوِها اعتباراً بالقرابة البعيدة، ولنا أنَّ هذه قرابةٌ مؤبَّدةٌ[٤] في المحرَميةِ؛ لأنَّها يفترَضُ وصلُها، ويحرُمُ قطعُها، وهو المعنى المؤثِّرُ في العتقِ، حتى حرُمَ المناكَحةُ بينهما لهذا.

(هـ)[٥]: ولا فرقَ بين ما إذا كان المالكُ مسلماً أو كافراً في دار الإسلامِ لعمومِ العلَّة، بخلاف ما إذا ملَكَ ابنةَ عمِّه وهي أختُه من الرَّضاع، حيثُ لا تعتِقُ؛ لأنَّ المحرَميَّةَ ما ثبتَ بالقرابةِ، والصبيُّ جُعلَ أهلاً لهذا العتقِ، وكذا المجنونُ، حتى عتَقَ القريبُ عليهما عند الملك؛ لأنَّه تعلَّقَ به حقُّ العبدِ، فشابَهَ النفقةَ.

قال: (وَإِذَا أَعْتَقَ المولى بَعْضَ عَبْدِهِ: عَتَقَ ذَلِكَ البَعْضُ، وسُعِيَ فِي بَقِيَّةِ قِيمَتِهِ لِمَوْلَاهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وقَالَا: يَعْتِقُ كُلُّهُ) وأصلُه: أنَّ الإعتاقَ يتجزَّأُ عندَ أبي حنيفةَ، فيقتَصِرُ على ما أعتَقَ، وعندهما: لا يتجزَّأ، وهو قولُ الشافعيِّ[٦] في حال يَسارِ المعتِقِ: فيعتِقُ كلُّه، لهم أنَّ الإعتاقَ إثباتُ القوةِ الحُكميةِ، وإثباتُها بإزالةِ ضدِّها وهو الرِّقُّ الذي هو ضعفٌ حكميٌّ، وهما لا يتجزَّآن كالطلاق والعفوِ عن القِصاص والاستيلادِ، وله:

---

(١) رواه أبو داود (٣٩٤٩)، والترمذي (١٣٦٥)، وأحمد في «مسنده» (٢٠٢٢٧) من حديث سمرة بن جندب رضي الله عنه.

(٢) في (ش): «الولادة».

(٣) انظر: «مغني المحتاج» (٦/ ٤٥٨).

(٤) في (ش) و(ف): «مؤثِّرةٌ».

(٥) انظر: «الهداية» (٢/ ٣٠٠).

(٦) انظر: «التهذيب» (٨/ ٣٧٤).

أنَّ الإعتاقَ إثباتُ العتق[١] بإزالةِ المِلكِ؛ لأنَّ المِلكَ حقُّه، والرقَّ حقُّ الشرعِ أو حقُّ العامَّة، والمتصرِّفُ يملِكُ التصرُّفَ في حقِّه لا في حقِّ غيرِه، والتعدِّي إلى غيرِه ضرورةُ عدمِ التجزُّؤ، والمِلكُ يقبلُ التجزُّؤ، كما في البيعِ والهبةِ، فيبقَى على الأصلِ، ويجبُ السِّعايةُ لاحتباسِ ماليةِ البعضِ عندَ العبدِ، والمستسعَى بمنزلةِ المكاتَبِ عندَه؛ لأنَّ عتقَ البعضِ يوجِبُ ثبوتَه في كلِّه، وبقاءُ المِلكِ في البعضِ: يمنَعُه، فعمِلْنا بالدليلَين بإنزالِه مكاتَباً. وهو مالكٌ يداً لا رقبةً، غير أنَّه إذا عجَزَ المستسعَى لا يُردُّ إلى الرقِّ؛ لأنَّه إسقاطٌ لا إلى أحدٍ، فلا يقبلُ الفسخَ بخلافِ الكتابةِ، وأمَّا الطلاقُ والقِصاصُ فليسَ فيهما حالةٌ متوسِّطةٌ، فأثبتناه في الكلِّ ترجيحاً للمحرَّم، وأمَّا الاستيلادُ فهو متجزِّئٌ عندَه، حتى لو استولَدَ نصيبَه من مدبَّرِه أو مكاتَبِه يقتصِرُ عليه، وفي القِنِّ لمَّا ضمِنَ نصيبَ صاحبِه ملَكَه بالضمانِ: فصحَّ الاستيلادُ فيه.

قال: (**وَإِذَا كَانَ العَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ: عَتَقَ فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا: فَشَرِيكُهُ بِالْخِيَارِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ شَرِيكَهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْعَبْدَ**).

(هـ)[٢]: فإن ضمَّنَ رجَعَ المعتِقُ على العبدِ بما ضمِنَ، والولاءُ للمُعتِقِ، وإن[٣] أعتَقَ أو استسعى: فالولاءُ بينهما نصفان.

قال: (**وَإِنْ كَانَ الْمُعْتِقُ مُعْسِرًا فَالشَّرِيكُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْعَبْدَ وَالوَلَاءُ بَيْنَهُمَا فِي الوَجْهَيْنِ**) وهذا عند أبي حنيفةَ.

---

(١) في (ص) و(ف): «القوة».

(٢) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٦٣).

(٣) في (ج) زيادة: «شاء».

قال: (**وقَالَا: لَيسَ لَهُ إلَّا الضَّمَانُ مَعَ اليَسَارِ، أَوْ السِّعَايَةِ مَعَ الإِعْسَارِ**) ولا يرجِعُ المعتِقُ على العبد، والولاءُ للمعتِقِ خاصةً، وهذه المسألةُ تُبنى[٤] على حرفَين: أحدُهما: تجزُّؤ الإعتاقِ وعدَمُه، وقد مرَّ الحُججُ من الجانبَين، والثاني: أنَّ يسارَ المعتِقِ لا يمنعُ السعايةَ عنده، وعندهما: يمنعُه؛ لقوله عليه السَّلامُ في الرجلِ يعتِقُ نصيبَه: «إن كان غنيًّا ضمِنَ، وإن كان فقيراً سعى العبدُ في حصةِ الآخَرِ»[٥] قسَّمَ الواجبَ عليهما في اليسار والإعسارِ، والقسمةُ تُنافي الشركةَ، ولأبي حنيفةَ: أنَّ ماليةَ نصيبِه احتُبسَت عند العبدِ، فله أن يضمِّنَه، كالريحِ إذا هبَّتْ فألقَتْ ثوبَ إنسانٍ في صبغِ الغيرِ، فانصبَغَ به، فعلى صاحبِ الثوبِ قيمةُ صبغِ الآخَرِ، موسراً كان أو معسراً لِما قلنا، كذا هذا.

قلتُ: لا بدَّ في هذه المسألة من معرفةِ ثلاثةِ أشياءَ: أحدُها: الفرقُ بين الإعتاقِ والعتقِ، والثاني: فائدةُ تجزُّءِ الإعتاقِ عندَه، والثالثُ: تفسيرُ اليَسار في بابِ الإعتاقِ.

أمَّا الأولُ فالإعتاق إثباتُ العِتقِ، والعتقُ أثرُ الإعتاقِ، والإعتاقُ يتجزَّأ عند أبي حنيفةَ خلافاً لهما[٦]، وأمَّا العتقُ ففي بعض النُّسَخ: أنه يتجزَّأ عند أبي حنيفةَ خِلافاً لهما، وفي بعض النُّسخِ: أنَّ العِتقَ لا يتجزَّأ عندنا خلافاً للشافعيِّ[٧] في فصلِ الإعسارِ، فلا بدَّ من التوفيقِ بينَ هذه الأقوالِ:

فمَن قالَ بأن العِتقَ يتجزَّأ عندَه يريدُ به ـ والله أعلمُ ـ أنه يسقُطُ مِلكُ المعتِقِ عن

---

(٤) في (ج): «تبتنى».

(٥) رواه محمد في «الأصل» (٥/ ٩٧ قطر).

وروى مسلم (١٥٠٣) عن أبي هريرة: عن النبي ﷺ قال: «من أعتق شقصاً له في عبد فخلاصه في ماله، إن كان له مال، فإن لم يكن له مال استُسعي العبدُ غير مشقوق عليه»

(٦) في (ف) و(ش): «خلافهما».

(٧) انظر: «بداية المحتاج» (٤/ ٥٦٥).

الشِّقصِ الذي أضافَ إليه العِتقَ، ويبقى المِلكُ في الباقِي، فإن قلت: إذا سقطَ مِلكُه عن الشِّقصِ المعتَقِ يصيرُ حراً كسائرِ الأحرارِ، قلتُ: هذا يُشكِلُ بالمكاتَب إذا مات مولاهُ، فإنه يسقُطُ المِلكُ، ولا يصيرُ حراً كسائر الأحرارِ.

ومَن قال بأنَّ العِتقَ لا يتجزَّأ عندنا، أراد به أنَّ خروجَه عن كونِه محلاً للتمليك والتملُّكِ[1]، كالبيعِ والهبة والإرثِ: لا يتجزأُ، وإنه عتاقةٌ صحيحةٌ؛ لأنَّه من لوازمِ حقيقةِ العتقِ، وذِكرُ الملزومِ وإرادةُ اللازم جائزٌ، وخروجُه عن محليَّةِ التمليكِ والتملُّكِ متفقٌ بين أصحابنا، لكن عندهما: بزوالِ الرقِّ أصلاً، وعنده: بسقوطِ الملك عن الشِّقصِ المعتَقِ وفسادِه في الباقِي، هذا ما تضمَّنته شروحُ الأسلافِ والأخلافِ في هذا البابِ.

وأمَّا فوائدُ تجزُّؤ الإعتاقِ فمُكنةُ الشريكِ الساكت من إعتاقِ نصيبِه، ومن تدبيرِه، ومن كتابتِه، ومن استسعائه في فصلِ اليسار، لأنَّه لمَّا بقيَ مِلكُه ملَكَ هذه التصرُّفات.

(تح)[2]: غير أنَّه إذا دبَّرَه يصيرُ نصيبُه مدبَّراً، ويجبُ عليه السِّعايةُ للحالِ، فيعتِقُ يعني: بالأداءِ، ولا يؤخَّرُ عتقُه إلى ما بعدَ الموتِ، ومنها: إذا عتَقَ بأحدِ هذه الأمورِ الأربعةِ، فالولاءُ بينهما، لوجودِ الإعتاقِ منهما، ومنها أنَّه إذا ضمِنَ المعتِقُ، فللمُعتِقِ أن يعتِقَ النصفَ المضمونَ أو يدبِّرَه أو يكاتِبَه أو يستَسعيَه؛ لأنَّه انتقلَ إليه بالضَّمانِ، وحينئذٍ يكونُ كلُّ الولاءِ له.

ومنها: **(ط)**[3]: إذا ماتَ الساكتُ فلورثَتِه ما كانَ له من العتقِ والسِّعايةِ وتضمينِ العينِ[4] في فصلِ اليسارِ، يختارون أيَّ ذلك شاؤوا، ومعنى قولِه: لورثَتِه الإعتاقُ:

---

(١) في (ج): «والتمليك».

(٢) انظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٦١).

(٣) انظر: «المحيط البرهاني» (٤/ ٤٢).

(٤) في (ج): «المعتق».

الإبراءُ، لا حقيقةُ العتقِ؛ لأنَّ المستسعى بمنزلةِ المكاتَب عنده، ولا تورَثُ رقَبةُ المكاتَب بموتِ مولاهُ، وإنما يورَثُ بدَلُ الكتابةِ، لكن لهم الإبراءُ عن السعايةِ، كذا هذا، ومنها أنَّ العبدَ بينَ جماعةٍ أعتَقَ أحدُهم نصيبَه، فاختارَ بعضُ الساكتين الضَّمانَ، والبعضُ الإعتاقَ، وبعضُهم السِّعايةَ، جاز عندَه، وكذا إذ اختارَ ورثةُ أحدِهم ذلك في رواية محمدٍ عنه، وفي رواية الحسَنِ عنه: ليسَ لهم إلا الاجتماعُ على التَّضمينِ أو الإعتاقِ أو السِّعايةِ.

ومنها: (ط)[1]: أن المعتِقَ إذا كان مريضاً مرضَ الموتِ وهو موسِرٌ، ثم مات: يسقُطُ عنه ضمانُ المعتقِ[2]، ولا يؤخَذُ من تركِتِه، بل يسعى العبدُ عنده خلافاً لهما، ومنها: إذا مات العبدُ قبل أن يختارَ الساكتُ شيئاً: ليس له تضمينُ المعتِقِ عنده؛ لتعذُّرِ النقلِ إليه، وفي المشهورِ عنه: له التَّضمينُ، هذا كلُّه قولُ أبي حنيفةَ خلافاً لهما.

(ط)[3]: وأمَّا تفسيرُ اليسارِ هنا؛ فعن محمدٍ أنَّه إذا كان مالكاً مقدارَ قيمةِ نصيبِ الساكتِ من جميعِ مالِه سوى ملبوسِه وقُوتِ يومِه: فهو موسِرٌ، وعليه عامةُ المشايخِ وإشارةُ النصوصِ، وفي رواية الحسَنِ عن أبي حنيفةَ: الموسِرُ الذي له نصفُ القيمةِ سوى المنزِلِ والخادمِ ومتاعِ البيتِ، وقيل: اليسارُ المحرِّمُ للصدقةِ، وقولُ محمدٍ أصحُّ.

(**بط**): واليسارُ والإعسارُ يعتبَرُ يومَ الإعتاقِ، وكذا القيمةُ، حتى لو كان موسِراً يومَ الإعتاقِ ثم أعسَرَ: لا يسقُطُ الضمانُ، وعلى عكسِه: لا يجبُ الضمانُ، وإذا اختار الساكتُ التضمينَ: فله أن يستسعيَ العبدَ بعده ما لم يقبَلْه المعتَقُ أو يحكُمْ به الحاكمُ في روايةِ ابنِ سَماعةَ عن محمد.

---

(١) انظر: «المحيط البرهاني» (٤/ ٤٤).

(٢) في (ف) و(ج): «العتق».

(٣) انظر: «المحيط البرهاني» (٤/ ٤٠).

(ص): إذا اختار التضمينَ ليس له السِّعايةُ من غيرِ تفصيلٍ، ولو اختار السِّعايةَ ليسَ له التضمينُ، رضيَ العبدُ به أو لم يرضَ باتفاقِ الرواياتِ، وهذا إنما يتأتى على قولِ أبي حنيفةَ، ولو اختلفا في قيمتِه للحالِ: يقوَّمُ العبدُ إذا كان قائماً، وإلَّا: فالقولُ قولُ المعتِقِ، ولو اختلفا بعدَ الإعتاقِ بزمانٍ (شب): القولُ قولُ المعتِقِ سواءٌ كان العبدُ قائماً أو هالكاً، ولو اختلَفا في وقتِ الإعتاقِ وقيمتِه أيضاً، فهذا وما لو تصادَقا على العتقِ في الحالِ سواءٌ.

(شب): والجوابُ في الاختلافِ في اليسارِ والإعسارِ حالَ العتقِ: نظيرُ الجوابِ في الاختلافِ في القيمةِ.

(م): يُنظَرُ إلى حال المعتِقِ يومَ الخصومةِ، فإن كان موسِراً: ضمِنَ، وإلَّا: فلا، وفي المستزادِ: إن كانت المدةُ قريبةً يحكُمُ للحال، وإلا: فالقولُ للمعتِقِ.

(شب): والاختلافُ بين الساكتِ والعبد فيما مرَّ كالاختلافِ بينه وبين المعتِقِ، ولو كان العبدُ بين ثلاثةٍ، لأحدِهم نصفُه، وللثاني ثُلثُه، وللثالث سدُسُه، فأعتقَه صاحبُ النصفِ والثُّلثِ، يضمَنانِ السُّدسَ نصفَين، والولاءُ للأولِ في نصفِه وفيما ضمِنَ من نصفِ السُّدسِ، وللثاني في ثلثه وفيما ضَمِنَ من نصفِ السُّدسِ، ولو أعتقَ عبداً مشترَكاً بينه وبين الصَّغيرِ، فلأبيه ولوصيِّ أبيه ولوصيِّ أمِّه أيضاً وللقاضِي أن يختارَ التَّضمِينَ أو السِّعايةَ، وإنْ لم يكُنْ له أحدٌ: فله أحدُ الخياراتِ الثلاثِ بعدَ بلوغِه، وأمَّا إذا دبَّره[1] أحدُهم ثم أعتقَه الآخرُ، أو على عكسِه ونحوِها فهي بتفاصيلِها مذكورةٌ في (بط): فليُطالَعْ ثمَّة.

---

(١) في (ش): «أدبر»، وفي (ف): «أدبره».

وَإِذَا اشْتَرَى رَجُلَانِ ابْنَ أَحَدِهِمَا: عَتَقَ نَصِيبُ الأَبِ، ولَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَكَذَلِكَ إِذَا وَرِثَاهُ، فَالشَّرِيكُ بِالخِيَارِ: إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ نَصِيبَهُ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى العَبْدَ.

وَإِذَا شَهِدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِن الشَّرِيكَيْنِ عَلَى الْآخَرِ بِالْحُرِّيَّةِ: سَعَى الْعَبْدُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نِصْفِهِ، مُوسِرَيْنِ كَانَا أَوْ مُعْسِرَيْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: إِذَا كَانَا مُوسِرَيْنِ: فَلَا سِعَايَةَ، وَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ: سَعَى لَهُمَا، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَالْآخَرُ مُعْسِرًا: سَعَى لِلْمُوسِرِ وَلَمْ يَسْعَ لِلْمُعْسِرِ.

وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ لِوَجْهِ اللَّهِ تَعَالَى أَوْ لِلشَّيْطَانِ، أَوْ لِلصَّنَمِ: عَتَقَ.

وَعِتْقُ الْمُكْرَهِ وَالسَّكْرَانِ: وَاقِعٌ، وَإِذَا أَضَافَ الْعِتْقَ إِلَى مِلْكٍ، أَوْ شَرْطٍ: صَحَّ، كَمَا يَصِحُّ فِي الطَّلَاقِ، وَإِذَا خَرَجَ عَبْدٌ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ إِلَيْنَا مُسْلِمًا: عَتَقَ، وَلَو أَعْتَقَ جَارِيَةً حَامِلًا: عَتَقَ حَمْلُهَا، فَإِنْ أَعْتَقَ الْحَمْلَ خَاصَّةً: عَتَقَ، وَلَمْ تَعْتِقِ الْأُمُّ.

قال: (وَإِذَا اشْتَرَى رَجُلَانِ ابْنَ أَحَدِهِمَا: عَتَقَ نَصِيبُ الْأَبِ، ولَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) علِمَ الآخرُ أنَّه ابنُ شريكِه أو لم يعلَمْ.

قال: (وَكَذَلِكَ إِذَا وَرِثَاهُ، فَالشَّرِيكُ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ نَصِيبَهُ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْعَبْدَ) وهذا قولُ أبي حنيفةَ، وقالا: في الشراءِ يضمنُ الأبُ نصفَ قيمتِه إن كان موسِراً، وإن كان معسِراً سعى العبدُ في نصف قيمتِه لشريكِ أبيه.

(هـ)[1]: وعلى هذا الخلاف إذا ملَكاه بهبةٍ أو صدقةٍ أو وصيَّةٍ، وعلى هذا إذا اشترياه وقد حلَفَ أحدُهما بعتقِه إن اشترى نصفَه، لهما: أنَّه أبطلَ نصيبَ صاحبِه[2] بالإعتاقِ؛ لأنَّ شِرى القريبِ إعتاقٌ، ولأبي حنيفةَ أنَّه رضيَ بإفسادِ نصيبِه؛ لأنَّه شاركَه

---

(١) انظر: «الهداية» (٢/ ٣٠٤).

(٢) في (ج): «شريكه».

فيما يلازِمُه العتقُ، والرضا بالشيءِ رضًا بلوازِمِه، فصارَ كما لو أذِنَ له نصًّا أو دَلالةً، ولأنَّه عاوَنَه على الإعتاقِ؛ لأنَّه عاوَنَه على شِرى القريب، وإنه إعتاقٌ، فلا يستوجِبُ الضمانَ، ولا يختلفُ الجوابُ بين العِلمِ وعدمِه في ظاهر الروايةِ؛ لأنَّ الحكمَ يُدارُ على السبب، كمَنْ قال لغيره: كُلْ هذا الطعامَ، وهو مملوكٌ للآمِرِ، ولم يعلَمْ به، وروى الحسنُ عن أبي حنيفةَ أن الخلافَ فيما إذا علِمَ، أمَّا إذا لم يعلَمْ: يضمَنُ[1].

قال: (**وَإِذَا شَهِدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِن الشَّرِيكَيْنِ عَلَى الْآخَرِ بِالْحُرِّيَّةِ: سَعَى العَبْدُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نصفِه، مُوسِرَيْنِ كَانَا أَوْ مُعْسِرَيْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وقَالَا: إِذَا كَانَا مُوسِرَيْنِ: فَلَا سِعَايَةَ، وَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ: سَعَى لَهُمَا، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَالْآخَرُ مُعْسِرًا: سَعَى لِلْمُوسِرِ وَلَمْ يَسْعَ لِلْمُعْسِرِ**) أمَّا إذا كانا موسِرَين: فلا سِعايةَ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يبرأُ عن سعايةِ العبدِ؛ لأنَّ يسارَ المعتِقِ يمنعُ السِّعايةَ عندهما؛ فيصدَّقان، وقد تعذَّرَ التضمينُ لإنكارِ الشريكِ الإعتاقَ، وإنما سعى للمعسِرَين؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يدَّعِي السِّعايةَ على العبدِ، والسِّعايةُ عليه صدقٌ أو كذبٌ: فلا يسقُطُ، وأمَّا إذا كان أحدُهما موسِراً والآخرُ معسِراً، فلأنَّ الموسِرَ يدَّعِي السِّعايةَ دونَ الضمانِ، وهي له، والمعسِرُ لمَّا ادَّعى الضَّمانَ على صاحبِه فقد تبرَّأَ عن السِّعاية[2]، ولم يثبُتِ الضمانُ لعدم الحُجَّة، وأمَّا عندَ أبي حنيفةَ؛ فلأنَّ يسارَ المعتِقِ لمَّا لم يمنَعِ السِّعايةَ فقد تيقَّنَّا بالسِّعايةِ على كلِّ حالٍ؛ لأنَّ مِن زعمِ كلِّ واحدٍ منهما أنَّه صار مكاتَباً له،

---

(١) في (ف) زيادة: «قلت: وفي تعليل قولهما أنَّه أبطلا نصيب صاحبه بالإعتاق، فتضمّن إشارةً أنَّهما إذا ورثاه: لا يضمن إجماعاً، وفي الأصح: لا يضمن بالاتفاق، وذكر (شط): في الإرث: وعنهما: يضمن؛ لأنَّه عتق من جهته، فصار كإعتاقه، وعطف في «المختصر» على قول أبي حنيفة يدل على أنه مذهب أبي حنيفة وحده».

(٢) في (ش) و(ف) زيادة: «العبد».

وحرُمَ عليه استرقاقُه، فيُمنعُ منه، فإن صدَقَ يُستَسعى مكاتَبُه، وإن كذَبَ يُستَسعى مملوكُه، فتثبُتُ لهما السِّعايةُ بيقينٍ، وقد تعذَّرَ التضمينُ لِما مرَّ، والولاءُ لهما عندَه، وعندهما: موقوفٌ إلى أن يتفِقا على إعتاقِ أحدِهما.

قال: (**وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ لِوَجْهِ اللَّهِ تَعَالَى أَوْ لِلشَّيْطَانِ، أَوْ لِلصَّنَمِ: عَتَقَ**) لقوله عليه السَّلامُ: «ثلاثٌ جِدُّهنَّ جِدٌّ وهزلُهنَّ جِدٌّ: الطلاقُ، والنِّكاحُ، والعِتاقُ»[١].

قال: (**وَعِتْقُ الْمُكْرَهِ وَالسَّكْرَانِ: وَاقِعٌ**) لما مرَّ من الحديثِ، ولأنَّه صدرَ من أهلِه[٢] مضافاً إلى محلِّه عن ولايةٍ فنفذَ[٣].

قال: (**وَإِذَا أَضَافَ العِتْقَ إِلَى مِلْكٍ، أَوْ شَرْطٍ: صَحَّ، كَمَا يَصِحُّ فِي الطَّلَاقِ**). وقد مرت المسألة بفروعها في الطلاق.

(**شق**): ولو قال: كلُّ مملوكٍ أملِكُه فهو حرٌّ: عتَقَ ما يملِكُه وقتَ اليمين دونَ ما يملِكُه في المستقبلِ، ويعتِقُ بهذه[٤] اليمينِ الذكرُ والأنثى، والمدبَّرُ وأمُّ الولدِ

---

(١) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٢٩٣): هكذا ذكره المصنف، وبعض الفقهاء يجعل عوض: (اليمين): (العتاق)... وكلاهما غريب.

ورواه أبو داود (٢١٩٤)، والترمذي (١١٨٤)، وابن ماجه (٢٠٣٩)، والدارقطني في «السنن» (٣٦٣٥)، والحاكم في «المستدرك» (٢٨٠٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه بلفظ: «ثلاث جدهنَّ جد، وهزلهنَّ جد: النكاح، والطلاق، والرجعة».

قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب.

(٢) في (ش) و(ف): «من الأهل».

(٣) في هامش (ف): «وإذا قال لأمته: إن دخلت الدار فأنت حرة فأعتقها، ثم ارتدت وطلقت بدار الحري فسبيت وملكها ودخلت الدار لم يعتقها عندنا خلافا لزُفَر. ينابيع».

(٤) في (ش): «بهذا»، وفي (ف): «لهذه».

وأولادُهما، والعبدُ المرهونُ والمأذونُ في التجارةِ، ولا يَعتِقُ المكاتَبُ إلا بالنيةِ، ولا يدخلُ العبدُ المشترَك.

قال: (وَإِذَا خَرَجَ عَبْدٌ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ إِلَيْنَا مُسْلِمًا: عَتَقَ) وهذا إذا خرَجَ مُراغِماً، لأنَّه مسلمٌ استولى على مال الكافرِ وهو نفسُه، فيملِكُها، ورويَ: أنَّ عَبيدَ أهلِ الطائفِ خرجوا إلى النبيِّ مسلِمينَ، فطلبَ أصحابُهم إلينا قسمتَهم، فقال عليه السَّلامُ: «هم عتقاءُ اللهِ تعالى»[1].

قال: (ولَو أَعْتَقَ جَارِيَةً حَامِلًا: عَتَقَ حَمْلُهَا) لأنَّ الحَملَ جزءٌ من أجزائها، فصار كسائرِ أعضائها.

قال: (فإِنْ أَعْتَقَ الْحَمْلَ خَاصَّةً: عَتَقَ، وَلَمْ تَعْتِقِ الْأُمُّ) لأنَّه نفسٌ من وجهٍ، ولهذا صحَّتِ الوصيةُ به، وإنما لم تعتِقِ الأمُّ؛ لأنَّ المولى لم يُعتقْها صريحاً، والأمُّ لا تتبعُ الولدَ، فلم تعتِقْ تبَعاً أيضاً.

(ط)[2]: ولو قال: كلُّ ولدٍ تلِدينَه فهو حرٌّ: لا يعتِقُ أحدٌ من أولادِها إلا بعد الولادة، حتى لو ضرَبَ بطنَها أحدٌ، وألقَتْ جنيناً ميتاً: فعليه نصفُ قيمتِه، لا الغُرةُ، ولو مات المولى أو باعَها حاملاً ثم ولدَتْه: لا يعتِقُ، ولو قال: كلُّ ولدٍ تحبَلينَ به أو تحمِلينَه فهو حرٌّ: عتَقَ حين حمَلَت[3] به، وإنما يُعلمُ حدوثُ الولد بعدَ اليمينِ إذا أتَتْ به لأكثرَ من سنتَين من وقتِ اليمين.

---

(١) رواه محمد في «الأصل» (٦/ ٤١٥/ قطر)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/ ٥١٨).
وروى نحوه أبو داود (٢٧٠٠) من حديث علي رضي الله عنه.

(٢) انظر: «المحيط البرهاني» (٤/ ٤٦).

(٣) في (ج): «حبلت».

وَإِذَا أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَلَى مَالٍ، فَقَبِلَ العَبْدُ: عَتَقَ وَلَزِمَهُ المَالُ.

وَإِنْ عَلَّقَ عتقه بِأَدَاءِ الْمَالِ صَحَّ وَصَارَ مَأْذُونًا، نَحْوَ أَنْ يَقُولَ: إِنْ أَدَّيْتَ إِلَيَّ أَلْفًا فَأَنْتَ حُرٌّ، فَإِنْ أَحْضَرَ الْمَالَ: أَجْبَرَ الحَاكِمُ الْمَوْلَى عَلَى قَبْضِهِ، وَعَتَقَ الْعَبْدُ.

وَوَلَدُ الْأَمَةِ مِنْ مَوْلَاهَا: حُرٌّ، وَوَلَدُهَا مِنْ زَوْجِهَا: مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِهَا، وَوَلَدُ الْحُرَّةِ مِنَ الْعَبْدِ: حُرٌّ.

قال: (**وَإِذَا أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَلَى مَالٍ، فَقَبِلَ الْعَبْدُ: عَتَقَ وَلَزِمَهُ الْمَالُ**) نحو: أن يقولَ: أنت حرٌّ على ألفِ درهمٍ، أو بألفٍ، أو على أن تعطيَني ألفاً، أو على أنَّ لي عليك ألفاً، وإنما يعتِقُ بالقَبولِ؛ لأنَّه أزال مِلكَه بعوَضٍ، فأشبهَ البيعَ والطلاقَ بمالٍ، وقضيةُ المعاوَضاتِ ثبوتُ حُكمِها بالقَبول، وما شُرطَ عليه صارَ ديناً في ذمَّتِه، ولهذا تصِحُّ الكفالةُ به، بخلافِ بدلِ الكتابةِ؛ لأنَّه على شرَفِ السقوطِ، ولأنَّ ثبوتَه مع المُنافي؛ وهو قيامُ الرقِّ فيه، ولا كذلك هنا، ويجوزُ بالنقدِ والقرضِ والحيَوانِ وإن كانَ بغيرِ عينِه؛ لأنَّه معاوَضةُ المالِ بغيرِ المالِ، فشابَهَ النكاحَ والطلاقَ والصُّلحَ عن دمِ العمدِ، فكذا الطعامُ والمكيلُ والموزونُ إذا كانَ معلومَ الجنسِ، ولا يضُرُّه جهالةُ الوصفِ لأنَّها يسيرةٌ.

قال: (**وإن عَلَّقَ عتقه بِأَدَاءِ المَالِ: صَحَّ وَصَارَ مَأْذُونًا، نَحْوَ أَنْ يَقُولَ: إِنْ أَدَّيْتَ إِلَيَّ أَلْفًا فَأَنْتَ حُرٌّ**) (ه)[1]: ومعناه: أنَّه يعتِقُ عند الأداءِ من غيرِ أن يصيرَ مكاتَباً؛ لأنَّه صرَّحَ بتعليقِ العتقِ بالأداءِ، وإن كانَ يصيرُ معاوَضةً انتهاءً، وإنما صارَ مأذوناً؛ لأنَّه رغَّبَه في الاكتسابِ حيثُ طلَبَ منه الأداءَ ومُرادُه التجارةُ دونَ التَّكدِّي، فكان إذناً[2] دلالةً.

---

(١) انظر: «الهداية» (٢/ ٣١١).

(٢) في (ش) و(ف): «إذناً له».

قال: (فَإِنْ أَحْضَرَ المَالَ: أَجْبَرَ الحَاكِمُ المَوْلَى عَلَى قَبْضِهِ، وَعَتَقَ العَبْدُ) (هـ)[1]: ومعنى الإجبار فيه وفي سائر الحقوقِ أنَّه ينزِلُ قابضاً بالتَّخليةِ: فيعتِقُ، وقال زُفرُ: لا يُجبرُ على القَبولِ، وهو القياسُ؛ لأنَّ تعليقَ العتقِ بالشَّرطِ لفظاً يمينٌ، ولهذا لا يتوقَّفُ على قَبول العبدِ، ولا يحتمِلُ الفسخَ، ولا يُجبرُ الحالفُ على مباشَرةِ شرطِ يمينِه؛ لأنَّه لا استحقاقَ قبلَ وجودِ الشرطِ، بخلافِ بدلِ الكتابةِ؛ لأنَّه معاوَضةٌ والبدلُ فيها واجبٌ، ولنا: أنَّه تعليقٌ من وجهٍ نظراً إلى اللفظِ، ومعاوضةٌ مِن وجهٍ نظراً إلى المقصودِ؛ وهو نيلُ العبدِ شرَفَ الحريةِ، ونيلُ المولى المالَ المشروطَ بمقابَلتِه، فشابَهَ الكتابةَ، ولهذا كانَ عِوضاً في الطلاقِ في مثلِ هذا اللفظِ، حتى كانَ الطلاقُ الصَّريحُ بائناً، فجعلناهُ تعليقاً في الابتداءِ عملاً باللَّفظِ، ودفعاً للضررِ عن المولى.

(هـ)[2]: حتى لا يمتنِعَ عليه بيعُه، ولا يكونَ العبدُ أحقَّ بمكاسبِه، ولا يسريَ إلى الولدِ المولودِ قبلَ الأداءِ، وجعلناهُ معاوَضةً انتهاءً عندَ الأداءِ دَفعاً للغرورِ[3] عن العبدِ، حتى يُجبَرَ المولى على قَبولِه، كالهبةِ بشرط العوضِ، هبةٌ ابتداءً بيعٌ انتهاءً، ولو أدَّى البعضَ: يُجبرُ على القَبول، لكنه لا يعتِقُ ما لم يؤدِّ الكلَّ، ثم لو أدَّى ألفاً اكتسَبَها قبلَ التعليقِ رجَعَ المولى عليه وعتَقَ لاستحقَاقِها، وإن كانَ اكتسَبَها بعدَه: لم يرجِعْ عليه لإذنِه بالأداء.

(بط): ولو اكتسَبَ بعدَ التعليقِ أربعةَ آلافٍ، فأدَّى منها الألفَ عتَقَ، وكان للمولى أن يأخُذَ الثلاثةَ آلافِ الباقيةَ، ولو باعَه ثم اشتراه، فأدَّى الألفَ وقبِلَ عتَقَ، وبالتَّخليةِ لا يعتِقُ عند محمدٍ، ويعتِقُ عند أبي يوسُفَ، ثم الأداءُ في قولِه: إن أدَّيتَ إليَّ ألفاً يقتصِرُ

---

(١) انظر: «الهداية» (٢/ ٣١١).

(٢) انظر المصدر السابق.

(٣) في (ش) و(ف): «للعزم».

على المجلسِ، وفي قوله: إذا أدَّيتَ لا يقتصِرُ؛ لأنَّ إذا للوقتِ مثلُ متى، ولو قال: أنت حرٌّ بعدَ مَوتي على ألفِ درهمٍ، فالقَبولِ بعد الموتِ؛ لإضافةِ الإيجابِ إليه، فصارَ كقولِه: أنت حرٌّ غداً على ألفِ درهمٍ، بخلافِ قولِه: أنت مدبَّرٌ على ألفِ درهمٍ، حيث يُشترَطُ القَبولُ للحالِ؛ لأنَّ إيجابَ التدبيرِ في الحالِ، لكنَّه لا يجِبُ المالُ لقيام الرقِّ، وقالوا في مسألةِ الكتابِ: لا يعتِقُ وإن قبِلَ بعدَ الموتِ ما لم يُعتِقِ[1] الورثةُ؛ لأنَّ الميتَ لا يتأهَّلُ للإعتاقِ.

قال: (**وَوَلَدُ الْأَمَةِ مِنْ مَوْلَاهَا: حُرٌّ**) لأنَّه خُلقَ من مائه، فكانَ جزأه، فيتبَعُه في الحريةِ، إلا أن ينتقِلَ[2] عن حُكمِه بالأمِّ، وهاهنا لو انتقَلَ عن حُكمِه بالأمِّ: لا ينتقِلُ[3] إلى المولى، فيعتِقُ عليه بالملكِ، فلا يفيدُ النقلُ، فلا ينتقِلُ بخلافِ زوجِها.

قال: (**وَوَلَدُهَا مِنْ زَوْجِهَا: مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِهَا**) لأنَّه خُلقَ في مِلك الغيرِ، فاستتبعته الأمُّ؛ لأنَّ نقْلَه عن حُكمِه بالأمِّ مقيَّدٌ، وقد رضيَ الزوجُ بسقوطِ حقِّه، ولهذا قلنا في ولدِ المغرورِ: إنَّه حرُّ الأصلِ؛ لأنَّه لم يرضَ أن يتبَعَ الأمَّ.

قال: (**وَوَلَدُ الْحُرَّةِ مِن العَبْدِ: حُرٌّ**) لأنَّ الولدَ يتبعُ الأمَّ في الرقِّ والحريةِ.

***

(١) في (ج): «ما لم تعتقه».

(٢) في (ج): «ينقل».

(٣) في (ج): «إلا أن ينقل... لا ينقل».

بَابُ التَّدْبِيرِ

إِذَا قَالَ الْمَوْلَى لِمَمْلُوكِهِ: إِذَا مِتُّ وَأَنْتَ حُرٌّ عَنْ دُبُرٍ مِنِّي، أَوْ: أَنْتَ مُدَبَّرٌ، أَوْ: قَدْ دَبَّرْتُكَ: فَقَدْ صَارَ مُدَبَّرًا، وَلَا يَجُوزُ لَهُ بَيْعُهُ وَلَا هِبَتُهُ.

وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَسْتَخْدِمَهُ، وَيُؤَاجِرَهُ، وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً: فَلَه أَنْ يَطَأَهَا وَلَهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا.

وَإِذَا مَاتَ الْمَوْلَى: عَتَقَ الْمُدَبَّرُ مِنْ ثُلُثِ مَالِهِ إِن خَرَجَ مِن الثُّلُثِ.

قال: (إِذَا قَالَ الْمَوْلَى[1] لِمَمْلُوكِهِ إِذَا مِتُّ وَأَنْتَ حُرٌّ عَن دُبُرٍ مِنِّي أَوْ: أَنْتَ مُدَبَّرٌ، أَوْ: قَدْ دَبَّرْتُكَ: فَقَدْ صَارَ مُدَبَّرًا، وَلَا يَجُوزُ لَهُ بَيْعُهُ وَلَا هِبَتُهُ) لأنَّ هذه الألفاظَ صريحٌ في التدبيرِ، فإنه إثباتُ العتقِ عن دُبرٍ منه، وعدمُ جواز بيعِه وهبتِه مذهبُنا، وقال الشافعيُّ[2]: يجوزُ كما في الوصية وسائرِ التعليقات، وكما في المدبَّر المقيَّد، ولنا قولُه عليه السَّلامُ: «المدبَّرُ لا يُباعُ ولا يوهَبُ ولا يورَثُ، وهو حرٌّ من الثُّلث» كذا رواه ابنُ عمرَ[3]، ولأنَّ التدبيرَ سببٌ للحريةِ في الحالِ للزومِ بطلانِ الأهليةِ عند الموتِ، بخلافِ الوصيةِ وسائرِ التَّعليقاتِ، فشابَهَ الاستيلادَ.

(شـق): وقد يكـونُ التَّدبيرُ بلفـظِ اليمينِ والوصيَّـةِ، نحو أن يقـولَ: إن مِتُّ فأنت حـرٌّ، أو قـال: أوصَيتُ لـك بعتقِك أو برقَبتِـك أو بثُلثِ مالي؛ لأنَّ بعضَـه صارَ موصًى

---

(١) في (ج): «الرجل».

(٢) انظر: «أسنى المطالب» (٤/ ٤٧٢).

(٣) رواه عنه الدارقطني في «سننه» (٤٢٦٤) وقال: لم يسنده غير عبيدة بن حسان وهو ضعيف، وإنما هو عن ابن عمر موقوف من قوله.

لـه، وعن بشرٍ عـن أبي يوسُـفَ: أوصى لعبدِه بسـهمٍ مـن مالِه، يعتِقُ بعـد موتِه، ولو أوصـى لـه بجـزءٍ من مالِـه، لا يعتِـقُ، لأنَّ الأولَ وصيـةٌ بسُـدسِ رقَبتِه، فاسـتحقَّ عتقَ جـزءٍ منهـا بالمـوت، فـكان مدبَّـراً، بخـلاف الجـزءِ، فـإنَّ للورثـةِ أن يعيِّنـوا أيَّ جزءٍ شاؤوا.

(ط)[1]: ولو قال: إن مِتُّ فلا سبيلَ لأحدٍ عليك، صار مدبَّراً.

قال: (وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَسْتَخْدِمَهُ، وَيُؤَاجِرَهُ، وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً فَلَه أَنْ يَطَأَهَا وَلَهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا) لقيامِ الملكِ له فيه، والمِلكُ مطلَقُ هذه التصرُّفات، والثابتُ له فيه حقِّ الحريةِ، ونفسُ الحريةِ: لا تمنعُ[2] هذه التصرُّفاتِ، فهذا أَولى.

قال: (وَإِذَا مَاتَ المَوْلَى: عَتَقَ الْمُدَبَّرُ مِنْ ثُلُثِ مَالِهِ إِنْ خَرَجَ مِن الثُّلُثِ) لِما روَينا[3]، وهو مذهبُ سعيدٍ[4] وشُريحٍ والحسَنِ[5] وابن سيرينَ، وعن ابن مسعودٍ والنخَعيِّ وحمَّادٍ أنَّه يعتِقُ من جميع المالِ[6]، والحُجَّةُ عليهم ما روَينا.

---

(١) انظر: «المحيط البرهاني» (٤/ ٦٧).

(٢) في (ج): «لا تمتنع».

(٣) أي: حديث ابن عمر المتقدم قريباً.

(٤) في (ج): «مذهب ابن مسعود».

(٥) في (ج) زيادة: «والحسين».

(٦) انظر هذه الأقوال «الأصل» لمحمد بن الحسن (٥/ ١٦٧/ قطر)، و«مصنف عبد الرزاق» (٨/ ٤٥٥) وما بعدها، و«مصنف ابن أبي شيبة» (١٢/ ١٩١) وما بعدها. وفيهما عن النخعي أنه من الثلث. وروى عنه محمد في «الأصل» (٥/ ١٦٧/ قطر) القولان.
وعن ابن مسعود رواه الثوري في «الفرائض» (ص: ٤٤).

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ: سَعَى فِي ثُلُثَيْ قِيمَتِهِ، فَإِنْ كَانَ عَلَى الْمَولى دَيْنٌ: سَعَي فِي جَمِيعِ قِيمَتِهِ لِغُرَمَائِهِ.

وَوَلَدُ الْمُدَبَّرَةِ: مُدَبَّرٌ.

وَإِنْ عَلَّقَ التَّدْبِيرَ بِمَوْتِهِ عَلَى صِفَةٍ، مِثْلِ أَنْ يَقُولَ: إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا، أَوْ: سَفَرِي، أَوْ مَرَضِ كَذَا: فَلَيْسَ بِمُدَبَّرٍ، وَيَجُوزُ بَيْعُهُ، فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي ذَكَرَهَا: عَتَقَ، كَمَا يَعْتِقُ الْمُدَبَّرُ.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ: سَعَى**[1] **فِي ثُلُثَيْ قِيمَتِهِ**) لأنَّه تبرُّعٌ مضافٌ إلى الموت، فأشبَهَ الوصيةَ، وهذا حُكمُ الوصيةِ كما لو أوصَى برقَبتِه لغيرِه.

قال: (**فَإِنْ كَانَ عَلَى المَولى دَيْنٌ: سَعَي فِي جَمِيعِ قِيمَتِهِ لِغُرَمَائِهِ**) لتقدُّمِ الدَّينِ على الوصيَّة، وتعذُّرِ نقضِ العتقِ، قلتُ: وهذا إذا كان الدَّينُ مستغرِقاً لمالِه، فإن لم يكُنْ فبقدْرِ[2] الدَّينِ ثم الثُّلثَين.

قلتُ: وقد أجمَلَ القيمةَ ولم يبيِّنْ أنَّه يسعى في قيمتِه قنًّا أم مدبَّراً، وذكر في (**بط**): أنَّه يسعى في قيمتِه مدبَّراً، وذكر محمدٌ في كتاب الحَجْرِ: إذا دبَّرَ السفيهُ ثم مات: يسعى الغلامُ في قيمتِه مدبَّراً، وليس عليه نقصانُ التدبيرِ، كالمصلحِ إذا دبَّرَ وماتَ وعليه ديونٌ.

(**بط**): واختُلفَ في قيمة المدبَّر، فقيل: بما يستخدِمُه مدَّةَ عمُرِه، وقيل: يقوَّمُ فائت المنافعِ التي تفوتُ بالتدبيرِ، وإليه أشار محمدٌ، وقيل: نصفُ قيمتِه لو كان قِنًّا، وقيل: ثلُثا قيمتِه.

---

(١) في (ف): «يسعى».

(٢) في (ش): «فيقدم».

قال: (**وَوَلَدُ الْمُدَبَّرَةِ: مُدَبَّرٌ**) عليه إجماعُ الصحابة[1]، ولأنَّه جزؤها، فيسري إليه صفتُها، كالرِّقِّ والحرية.

قال: (**وإِنْ عَلَّقَ التَّدْبِيرَ بِمَوْتِهِ عَلَى صِفَةٍ، مِثْلِ أَنْ يَقُولَ: إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا، أَوْ: سَفَرِي، أَوْ مَرَضِ كَذَا: فَلَيْسَ بِمُدَبَّرٍ، وَيَجُوزُ بَيْعُهُ**) لأنَّ سببَ الحريةِ لم ينعقِدْ في الحالِ؛ لتردُّدِ هذا القيدِ؛ لجوازِ أنْ لا يموتَ منه، فصارَ كسائرِ التَّعليقاتِ، بخلافِ المدبَّر المطلَقِ؛ لأنَّه تعلَّقَ عتقُه بمطلَقِ الموتِ، وهو كائنٌ لا محالةَ.

قال: (**فَإِنْ مَاتَ المولى عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي ذَكَرَهَا: عَتَقَ، كَمَا يَعْتِقُ الْمُدَبَّرُ**) معناه: من الثُّلثِ لما مرَّ.

(هـ)[2]: من المقيَّد أن يقولَ: إن مِتُّ إلى سنةٍ أو عشْرِ سنينَ، ولو قال: إلى مائةِ سنةٍ ومثلُه لا يعيشُ إليها في الغالبِ، فهو مدبَّرٌ مطلَقٌ؛ لأنَّه كالكائنِ لا محالةَ.

(ط)[3]: إن مِتُّ إلى مائتي سنةٍ فأنت حرٌّ، فهو مقيَّدٌ يجوزُ بيعُه، ولو قال: أنت مدبَّرٌ على ألفِ درهمٍ، فقبِلَ: فهو مدبَّرٌ وسقطَ المالُ.

(بط ع): إن مِتُّ من مرضي هذا فهو حرٌّ، فقيل[4]: لا يعتِقُ بخلافِ ما لو قال: في مرضي، ولو قال: إن مِتُّ من مرضِي هذا، وبه حمَّى، فتحوَّلَ صُداعاً أو على عكسِه، قال محمدٌ: هو مرضٌ واحدٌ.

(ط)[5]: ولو قالَ له: أنت حرٌّ يومَ أموتُ، فإن نوى النهارَ خاصةً فمدبَّرٌ مقيَّدٌ، وإلا:

---

(١) انظر: «نصب الراية» (٣/ ٢٨٦).

(٢) انظر: «الهداية» (٢/ ٣١٣).

(٣) انظر: «المحيط البرهاني» (٤/ ٦٦).

(٤) في (ف) و(ج): «فقبل».

(٥) انظر: «المحيط البرهاني» (٤/ ٦٤).

فمطلَقٌ، ولو قال: أنت حرٌّ بعدَ موتِي وموتِ فلانٍ، أو قال: بعدَ موتِ فلانٍ ومَوتي: لا يصيرُ مدبَّراً في الحالِ، فإن مات فلانٌ أولاً وهو في مِلكِه صار مدبَّراً مطلقاً، وإن مات هو أولاً: فلا، وللورثةِ بيعُه، ولو قال: إذا كلَّمتُ فلاناً فأنت حرٌّ بعد موتي، فكلَّمَ، صار مدبَّراً، ولو قال: أنت حرٌّ بعد موتي بيومٍ أو بشهرٍ، فليس بمدبَّر، وهو إيصاءٌ بالعتقِ حتى لا يعتِقَ بعد مَوتِ المولى ومضيِّ اليومِ ما لم يعتِقْه الوصيُّ.

(قص): يجبُ إعتاقُه، فيعتِقُه الوصيُّ أو الورَثةُ.

(قد): ولو قال: إذا مِتُّ ودُفنتُ، أو غُسِّلتُ وكُفِّنتُ، فأنت حرٌّ: فليس بمدبَّرٍ، فإن مات ووُجدَ الشرطُ، قال أبو حنيفةَ: أستحسِنُ[1] أن يَعتِقَ من الثلثِ[2]، والقياسُ أن لا يعتِقَ، وكذا لو قال: إذا مِتُّ ودخلتُ الدارَ، ثم وُجدَ الشرطُ: لم يعتِقْ، وذكَرَ القُدوريُّ الفرقَ بينهما.

(ط جك): ولو قال: أنت حرٌّ قبلَ موتي بشهرٍ: فليس بمدبَّرٍ، وإن كان يعتِقُ بعد موتِه، ويجوزُ بيعُه، أمَّا عند أبي حنيفةَ فظاهرٌ؛ لأنَّه أضافَ العتقَ إلى وقتٍ؛ وهو شهرٌ قبل موتِه، وإنه لا يمنعُ البيعَ، وعندهما: ليس بمدبَّرٍ مطلَقٍ، فجازَ بيعُه، ثم إذا مضى شهرٌ قيل: لا يجوزُ بيعُه؛ لأنَّه صار مدبَّراً مطلقاً، وأكثرُ المشايخ على أنَّه يجوزُ بيعُه، وهو الأصَحُّ.

(شط): ثمَّ إذا ماتَ المولى بعدَه بشهرٍ، فعندَ أبي حنيفةَ ومَن تابَعَه يستنِدُ عتقُه إلى ذلك الوقتِ، فيعتبَرُ حالُه فيه، فإن كانَ صحيحاً في ذلك الوقت يعتِقُ من جميعِ المالِ، وإلا: فمن ثُلثِه، وعندهما: يعتِقُ من ثُلثِ مالِه غيرَ مستنِدٍ، وعند الشافعيِّ[3]: إذا مضى

(١) في (ج): «استحسنا».

(٢) في (ش) و(ف): «الثالث».

(٣) انظر: «مغني المحتاج» (٣/ ٤٨).

شهرٌ بعد اليمين عتَقَ في الحال، ولو مات المولى قبل مضيِّ الشهر لا يعتِقُ بالإجماعِ، وكذا على هذا الخلافِ، ولو قال: أنت حرٌّ في آخر صحَّةِ بدني[1] التي لا صحَّةَ بعدَها إلى أن يُتوفَّى.

(**بط**): دبَّرَ عبدَه ثم جُنَّ: لا يبطُلُ، ولو أوصى برقبتِه ثم جُنَّ وماتَ مجنوناً: يبطُلُ، ولو دبَّرَه أحدُ الشريكَين، فللساكتِ عندَ أبي حنيفةَ خمسُ خياراتٍ في الموسِرِ، وأربعٌ في المعسِرِ على ما مرَّ في العتاقِ.

***

(١) في (ج): «بدنه».

بابُ الاستِيلَادِ

إذَا وَلَدَت الأَمَةُ مِنْ مَوْلَاهَا: فَقَدْ صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ، لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا وَلَا تَمْلِيكُهَا، وَلَهُ وَطْؤُهَا، وَاسْتِخْدَامُهَا، وَإِجَارَتُهَا، وَتَزْوِيجُهَا، وَلَا يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا إِلَّا أَنْ يَعْتَرِفَ بِهِ.

فَإِنْ جَاءَتْ بِوَلَدٍ بَعْدَ ذَلِكَ: يثبُتُ نَسَبُهُ بِغَيْرِ إِقْرَارٍ، فَإِنْ نَفَاهُ: انْتَفَى بِقَوْلِهِ، فَإِنْ زَوَّجَهَا، فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ: فَهوَ فِي حُكْمِ أُمِّهِ.

قال: (**إِذَا وَلَدَت الْأَمَةُ مِنْ مَوْلَاهَا: فَقَدْ صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ، لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا وَلَا تَمْلِيكُهَا**) لقوله عليه السَّلامُ: «أعتَقَها ولدُها»[1] أخبر عن إعتاقِها، فتثبُتُ بعضُ لوازمِه، وهو حرمةُ التمليك، ولأنَّ الحرمةَ حصلَتْ بين الواطئِ والموطوءةِ باختلاطِ مائهما اختلاطاً تعذَّرَ التَّمييزُ، وإنه يمنعُ التَّمليكَ، وإليه وقعَتْ الإشارةُ في قول عمرَ رضي الله عنه حين اشترى عبدُ الله بنُ وارثٍ أمَة من رجلٍ قد أسقطَتْ، فأمَر عمرُ رضي الله عنه بردِّها، وقال: بعدما اختلطَتْ[2] لحومُكم بلحومِهنَّ ودماؤكم بدمائهنَّ، وكذا إذا كان بعضُها مملوكاً له؛ لأنَّ الاستيلادَ لا يتجزَّأُ، لأنَّه فرعُ النَّسبِ، فيُعتبرُ بأصلِه.

قال: (**وَلَهُ وَطْؤُهَا، وَاسْتِخْدَامُهَا، وَإِجَارَتُهَا، وَتَزْوِيجُهَا**) لقيام المِلكِ فيها، فأشبَهَتِ المدبَّرةَ.

---

(١) رواه ابن ماجه (٢٥١٦)، وابن أبي عاصم في «الآحاد والمثاني» (٣١٣٢)، والدارقطني في «السنن» (٤٢٣٣)، والحاكم في «المستدرك» (٢١٩١)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٢١٧٨٢) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

قال ابن حجر في «الدراية» (٢/ ٨٧): إسناده ضعيف لكن له طريق عند قاسم بن أصبغ إسنادها جيد.

(٢) في (ج): «خلطت».

قال: (**وَلَا يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا إِلَّا أَنْ يَعْتَرِفَ بِهِ**[١]) وقال الشافعيُّ[٢]: يثبُتُ نسبُه منه وإن لم يدَّعِ؛ لأنَّه يثبُتُ بمجرَّدِ عقدِ النكاحِ، فلأَنْ يثبُتَ بالوطءِ في مِلكِ اليمين أولى، ولنا: أنَّ وطءَ الأمةِ يقصَدُ به قضاءُ الشهوةِ دونَ الولدِ، حتى لا يفسُدَ مِلكُه، بخلافِ النكاحِ؛ لأنَّ الولدَ مقصودٌ منه، فلا حاجةَ إلى الدعوةِ.

قال: (**فَإِنْ جَاءَتْ بِوَلَدٍ بَعْدَ ذَلِكَ: يثبُتُ نَسَبُهُ بِغَيْرِ إِقْرَارٍ**) (**ه**)[٣]: معناه: بعد اعترافِه بالولدِ الأول؛ لأنَّه لمَّا اعترفَ تعيَّنَ الولدُ مقصوداً فصارت فِراشاً كالمنكوحةِ.

قال: (**فإن نَفَاهُ: انْتَفَى بِقَوْلِهِ**) لأنَّ فراشَها ضعيفٌ، ولهذا يملِكُ نقلَه إلى غيرِه بالتزويجِ.

(**ه**)[٤]: وهذا في الحُكمِ، أمَّا في الدِّيانةِ، فإن كانَ وطِئَها وحصَّنَها ولم يعزِلْ عنها، لزِمَه أن يعترِفَ به ويدَّعيَ؛ لأنَّ الظاهرَ أنَّ الولدَ منه، وإن عزَلَ عنها ولم يحصِّنْها جازَ له النفيُ، كذا رويَ عن أبي حنيفةَ، وفيه روايتان عن أبي يوسُفَ ومحمدٍ.

(**بط**) في «تجريد القُدوريِّ»: ويثبُت نسَبُ ولدِ الجاريةِ من مولاها وإن لم يدَّعِه، وفيه: لا يصِحُّ إعتاقُ المجنون وتدبيرُه، ويصِحُّ استيلادُه، فهذا نصٌّ على أنَّ دعوى المولى ليس بشرطٍ لصيرورتِها أمَّ ولدٍ له في نفس الأمرِ، وإنما يُشترَطُ لظُهورِه والقضاءِ عليه، وهكذا في «متفرِّقات دعوى».

(**ط**): في الجارية أدخلَتْ منيَّ مولاها في فَرجِها، فعلِقَت فولَدَتْ: صارت أمَّ

---

(١) في (ج): «أن يدعيه».

(٢) انظر: «نهاية المطلب في دراية المذهب» (١٥/ ٣٣٩).

(٣) انظر: «الهداية» (٢/ ٣١٤).

(٤) انظر المصدر السابق.

ولدٍ له، قال أستاذُنا: وإنما يقولُ في الكتابِ: وادَّعاهُ المولى للأحكامِ الظاهرةِ في حقِّ القضاء، أمَّا فيما بينَه وبينَ الله تعالى: لا يُشترَطُ ذلك.

(قخ مل): وعتقُ أمِّ الولدِ يتكرَّرُ بتكرُّرِ المِلكِ كعتقِ المحارمِ، حتى لو أعتقَها المولى، ثم ارتدَّتْ ولحِقَتْ، ثم سُبيَتْ وملَكَها، تعودُ أمَّ ولدٍ له.

قال: (**فَإِنْ زَوَّجَهَا، فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ: فَهوَ فِي حُكْمِ أُمِّهِ**) لأنَّ حقَّ الحرِّيةِ يَسري إلى الولدِ كالحريةِ والتدبيرِ.

(هـ)[1]: والنسبُ يثبُتُ من الزوجِ وإن كان النكاحُ فاسداً؛ لالتحاقِه بالصحيحِ في بعضِ الأحكامِ، ولو ادَّعاه المولى لا يثبُتُ نسبُه؛ لأنَّه ثابتُ النسبِ من غيرِه، ويعتِقُ الولدُ وتصيرُ أمُّه أمَّ ولدٍ له لإقراره.

فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى: عَتَقَتْ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ، وَلَا يَلْزَمُهَا السِّعَايَةُ لِلْغُرَمَاءِ إِذَا كَانَ عَلَى الْمَوْلَى دَيْنٌ.

وَإِذَا وَطِئَ الرَّجُلُ أَمَةَ غَيْرِهِ بِنِكَاحٍ، فَوَلَدَتْ مِنْهُ، ثُمَّ مَلَكَهَا: صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ، وَإِذَا وَطِئَ الْأَبُ جَارِيَةَ ابْنِهِ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ، فَادَّعَاهُ: ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ، وَصَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا، وَلَيْسَ عَلَيْهِ عُقْرُهَا، وَلَا قِيمَةُ وَلَدِهَا، وَإِذا وَطِئَ أَبُ الْأَبِ مَعَ بَقَاءِ الْأَبِ: لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ، وَإِنْ كَانَ مَيِّتًا: ثَبَتَ مِنَ الْجَدِّ، كَمَا يَثْبُتُ مِنَ الْأَبِ.

قال: (**فإِن مَاتَ الْمَوْلَى: عَتَقَتْ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ، وَلَا يلزمُها السِّعَايَةُ لِلْغُرَمَاءِ إِذَا كَانَ عَلَى الْمَوْلَى دَيْنٌ**) لحديثِ سعيدِ بنِ المسيِّب: «أن النبيَّ عليه السَّلامُ أمَرَ بعتقِ أمهاتِ الأولاد، وأن لا يُبَعنَ في دينٍ، ولا يُجعَلنَ من الثُّلُثِ»[2] ورويَ: «ولا يَسعَينَ

(١) انظر: «الهداية» (٤/ ٣١٤).

(٢) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٢٨٨): غريب عن سعيد مرسلًا. وقال ابن حجر في «الدراية» =

في دينٍ»[1]، ولأنَّ الحاجةَ إلى الولد أصليةٌ، فيُقدَّمُ على حقِّ الورثةِ والدَّينِ كالتكفين، بخلاف التدبيرِ؛ لأنَّه وصيةٌ بما هو من زوائدِ الحوائج.

(بط م): ابنُ سَماعةَ عن محمدٍ: مات مولى أمِّ الولدِ ولها متاعٌ وعُروضٌ: ليسَ لها منها شيءٌ، إلا أني أستحسِنُ أن أترُكَ لها مِلحَفةً وقَميصاً ومِقنَعةً.

(فخ): فأمَّا المدبَّرُ: فلا شيءَ له من الثيابِ وغيرِها.

(جص): وإذا أسلمَتْ أمُّ ولدِ النصرانيِّ تَسعى في قيمتِها، فتعتِقُ كالمكاتَب، وقال زُفَرُ: إنْ أبى مَولاها الإسلامَ: عتقَتْ للحالِ.

قال: (**وَإِذَا وَطِئَ الرَّجُلُ أَمَةَ غَيْرِهِ بِنِكَاحٍ، فَوَلَدَتْ مِنْهُ، ثُمَّ مَلَكَهَا: صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ**) وقال الشافعيُّ[2]: لا تصيرُ، وكذا لو استولَدَها بمِلكِ يمينٍ ثم استحقَّتْ ثم ملكَها، وللشافعيِّ فيه قولان، له: أنَّها علِقَت برقيقٍ، فلا يستحِقُّ أموميَّةَ الولد، كما إذا علِقَت من الزنا، ولنا: أنَّ السببَ له هو الجزئيةُ، والجزئيةُ إنما تثبتُ بنسبةِ الولدِ الواحدِ إلى كلِّ واحدٍ منهما كمَلاً، وقد يثبُتُ[3] النسبُ، فتثبتُ الجزئيةُ بهذه الواسطةِ، بخلافِ الزنا؛ لأنَّه لا نسَبَ فيه للولدِ إلى الزاني، وإنما يعتِقُ ولدُ الزاني عليه؛ لأنَّه جزْءُه[4] حقيقةً بغيرِ واسطةٍ، ألَا ترى أنَّ مَن اشترى أخاه من الزِّنا لا يعتِقُ عليه؛ لأنَّه لا ينسَبُ إليه إلا بواسطةِ نسبتِه إلى الوالدِ.

= (٢/ ٨٧): لم أجده. كذا قالا، وقد رواه البيهقي في «السنن الكبرى» (٢١٧٧١). وروى الدارقطني في «سننه» (٥/ ٢٣٦): عن ابن عمر: أن النبي ﷺ نهى عن بيع أمهات الأولاد، وقال: «لا يبعنَ، ولا يوهبنَ، ولا يورثنَ، يستمتع بها سيدها ما دام حيًّا فإذا مات فهي حرَّة». وانظر: «نصب الراية» (٣/ ٢٨٩).

(١) رواه البيهقي في «السنن الكبرى» (٢١٧٧٢).

(٢) انظر: «روضة الطالبين» (١٢/ ٣١٢).

(٣) في (ص) و(ش): «ثبت».

(٤) في (ش) و(ف): «جزءٌ».

(شق): لو ملَكَ ولدَها منه عتَقَ عليه؛ لقوله: «مَن ملَكَ ذا رحِمٍ محرَمٍ منه عتَقَ عليه»[١]، ولو ملك ولداً لها من غيرِه لا يعتِقُ، وله بيعُه خلافاً لزُفَرَ، ولو زنى بأمَةٍ فولدَتْ ثم ملكَهما، عتَقَ ولدُها منه، وله بيعُ أمِّه خلافاً لزُفَرَ.

قال: (**وَإِذَا وَطِئَ الْأَبُ جَارِيَةَ ابْنِهِ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ، فَادَّعَاهُ: ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ، وَصَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا، وَلَيْسَ عَلَيْهِ عُقْرُهَا، وَلَا قِيمَةُ وَلَدِهَا**) وإنما يثبُتُ النسبُ؛ لأنَّ له حقَّ مِلكٍ في مالِ الابنِ؛ لقوله عليه السَّلامُ: «أنت ومالُك لأبيك»[٢] وأدنى درجاتِ إضافةِ مالِ الابنِ إلى الأبِ إفادتُها شُبهةَ المِلك، والشُّبهةُ في حقِّ ثبوت النسبِ كالحقيقة، ألا ترى أنَّ شبهةَ النكاحِ كالنكاحِ في حقِّ ثبوتِ النسبِ، وأمَّا الاستيلادُ فهو مذهبُنا خلافاً لأبي يوسُفَ آخراً، والشافعيِّ[٣] في أحدِ قولَيه؛ لأنَّ دعوةَ المولى في جاريةِ مكاتبه أقوى من دعوةِ الأب، وذلك لا يُثبتُ الاستيلادَ، فهذا أَولى، ولنا: أنَّ الأبَ محتاجٌ إلى تملُّكِ مالِ ابنه ليُثبتَ نسبَ ولدِه، فمكَّنَه الشارعُ منه بغيرِ رضاه كمقدارِ[٤] طعامِه

---

(١) رواه النسائي (٤٨٧٧)، وابن ماجه (٢٥٢٥)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤٦٩٩)، والحاكم في «المستدرك» (٢٨٥١)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٢١٤١٩) من حديث ابن عمر رضي الله عنه. وعند بعضهم بلفظ: «...فهو حر».

ورواه أبو داود (٣٩٤٩)، والترمذي (١٣٦٥)، وابن ماجه (٢٥٢٤)، وأحمد في «مسنده» (٢٠٢٢٧)، والبزار في «مسنده» (٤٥٦٥)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤٧٠٠)، والحاكم في «المستدرك» (٢٨٥٢) من حديث سمرة بن جندب رضي الله عنه بلفظ: «...فهو حرٌّ». وصححه الذهبي.

(٢) رواه ابن ماجه (٢٢٩١)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٦١٥٠)، والطبراني في «المعجم الأوسط» (٣٥٣٤) من حديث جابر رضي الله عنه.

وفي «نصب الراية» (٣/ ٣٣٧) نقلاً عن ابن القطان: إسناده صحيح.

(٣) انظر: «روضة الطالبين» (٧/ ٢١٤).

(٤) في (ص) و(ف): «مقدار».

وكِسوتِه لشُبهةِ المِلكِ له فيه، بخلافِ مولى المكاتَبِ؛ لأنَّه لا شُبهةَ له في كسبِه، وإنما شبهةُ المِلكِ له في رقَبتِه، وإنما يجِبُ عليه قيمتُها؛ لأنَّ الحاجةَ إلى ثبوتِ المِلكِ لا إلى التبرُّع، فثبَتَ[1] الملكُ بعوضٍ نظراً للجانبَين، وهذا ضمانُ تملُّكٍ، فلا يختلِفُ باليَسار والإعسار، وإنما لم يلزَمْه عُقرُها، خلافاً للشافعيِّ[2] كأحدِ الشريكَين، ولنا: أنَّ المِلكَ يسبِقُ الوطءَ بطريقِ الاستناد[3] نظراً للأبِ: فلا يوجِبُ العُقرَ، ولأنَّه ضمِنَ جميعَ قيمتِها، والبُضعُ جزءُه، فيدخُلُ ضمانُ الجزء في الكلِّ بخلافِ الجارية المشترَكة، وإنما لم يضمَنْ قيمةَ الولدِح لأنَّه إنعلقَ حرَّ الأصل؛ لِما مرَّ.

قال: (**وإذَا وَطِئَ أَبُ الْأَبِ مَعَ بَقَاءِ الْأَبِ: لَمْ يَثْبُت النَّسَبُ، وَإِنْ كَانَ مَيِّتًا: ثَبَتَ مِن الجَدِّ**[4]**، كَمَا يَثْبُتُ مِن الْأَبِ**) لعدمِ ولايةِ الجدِّ مع بقاءِ الأبِ، وظهورِها عند موتِه.

(هـ)[5]: وكفرُ الأب ورِقُّه كموته؛ لأنَّه قاطعٌ للولايةِ.

وَإِذَا كَانَت الجَارِيَةُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ، فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ، فَادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا: ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ، وَصَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ، وَعَلَيْهِ نِصْفُ قِيمَتِهَا، وَلَا شَيءَ عَلَيْهِ مِنْ قِيمَةِ وَلَدِهَا، وَإِنْ ادَّعَيَاهُ جَمِيعًا معًا: ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُمَا، وَكَانَت الْأَمَةُ أُمَّ وَلَدِهِمَا، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: نِصْفُ الْعُقْرِ؛ قِصَاصًا بِمَا لَهُ عَلَى الْآخَرِ، وَيَرِثُ الِابْنُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِيرَاثَ ابْنٍ كَامِلٍ، وَيَرِثَانِ مِنْهُ مِيرَاثَ أَبٍ وَاحِدٍ.

قال: (**وَإِذَا كَانَت الجَارِيَةُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ، فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ، فَادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا: ثَبَتَ نَسَبُهُ**

---

(١) في (ش): «فيثبت».

(٢) انظر: «الحاوي الكبير» (٩/ ٤٦٥).

(٣) في (ش) و(ف): «الاستيلاد».

(٤) في (ش) زيادة: «النسب».

(٥) انظر: «الهداية» (٢/ ٣١٥).

مِنْهُ) لأَنَّه لمَّا ثبَتَ نسَبُه في نصفِه لمصادفَتِه مِلكَه ثبَتَ في الكلِّ؛ لأَنَّه لا يتجزَّأ؛ لأنَّ سببَه وهو[١] العلوقُ لا يتجزَّأ.

وقال: (وَصَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ) أمَّا عندهما فلأنَّ الاستيلادَ لا يتجزَّأُ عندهما، وأمَّا عنده فلأنَّه يصيرُ نصفُها أمَّ ولدٍ له، ثم يتملَّكُ[٢] نصيبَ صاحبِه فتصيرُ أمَّ ولدٍ له.

قال: (وَعَلَيْهِ نِصْفُ قِيمَتِهَا) لأَنَّه يملِكُ عليه نصفَه ونصفَ عُقرِها؛ لأنَّ وطئَه صادَفَ مِلكَه ومِلكَ شريكِه، فيجبُ العُقرُ بقدْرِه، وقد ثبتَ المِلكُ في نصيبِ شريكِه حُكماً للاستيلادِ: فلا يمنعُ العُقرَ، بخلاف الأبِ إذا استولَدَ جاريةَ ابنِه؛ لأنَّ المِلكَ ثبَتَ ثمةَ شرطاً للاستيلادِ متقدِّماً[٣] عليه، فصادَفَ وطئُه مِلكَ نفسِه.

قال: (ولَا شَيْءٌ عَلَيْهِ مِنْ قِيمَةِ وَلَدِهَا) لأنَّه ملَكَ نصيبَ شريكِه مستنِداً إلى وقتِ الوطءِ، فعلَقَ الولدُ في مِلكِه.

قال: (وَإِنْ ادَّعَيَاهُ جَمِيعًا مَعًا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُمَا، وَكَانَت الأَمَةُ أُمَّ ولَدهما، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: نِصْفُ العُقْرِ؛ قِصَاصًا بِمَا لَهُ عَلَى الْآخَرِ) ومعناه: إذا حمَلَتْ على مِلكِهما، أمَّا النسَبُ فمذهبُنا، وقال الشافعيُّ[٤]: يُرجعُ إلى قولِ القافَةِ[٥]؛ لأنَّ الولدَ لا يتخلَّقُ من المائين، فتعذَّرَ النسبُ منهما، فعمِلْنا بالشبَّه، ولنا: كتابُ عمرَ رضي الله عنه إلى شُريحٍ في هذه الحادثة: لبَّسا فلُبِّسَ عليهما، ولو بيَّنَا لَبُيِّنَ لهما، هو ابنُهما يرِثُهما

(١) في (ج): «وهو زوال».

(٢) في (ج): «ثم بتمليك».

(٣) في (ج): «مقدماً».

(٤) انظر: «أسنى المطالب» (٤/ ٥٠٢).

(٥) في (ج): «القائف».

ويرِثانِه، وهو للباقي منهما[١]، وكان ذلك بمحضَرٍ من الصَّحابةِ، وعن عليٍّ رضي الله عنه مثلُه[٢]، وعن عمرَ لما سأَلَ القائفَين فقالا، فأوجَعَهما ضرباً[٣]، ولأنَّهما استويا في سببِ الاستحقاقِ، فيستويان فيه، حتى لو وُجدَ المرجِّحُ لا يثبُتُ منهما بأن كانَ أحدُهما أبَ الآخَر، أو كانَ مسلماً والآخَرُ ذميًّا، ثبتَ من الأبِ والمسلمِ[٤] لوجودِ المرجِّحِ، ولمَّا ثبَتَ نسَبُه منهما صارت أمُّه أمَّ ولدٍ لهما، ويقَعُ عُقرُهما قِصَاصاً.

(ك): ولو جاءت بآخَرَ لم يثبُتْ نسبُه من واحدٍ إلا بالدَّعوى؛ لأنَّ الوطءَ حرامٌ، فتُعتبَرُ الدعوى.

قال: (وَيَرِثُ الِابْنُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِيرَاثَ ابْنٍ كَامِلٍ) لأنَّه أقرَّ له بميراثِه كلِّه، وقولُه حُجَّةٌ في حقِّه.

قال: (وَيَرِثَانِ مِنْهُ مِيرَاثَ أَبٍ وَاحِدٍ) لاستوائهما في الدَّعوى والمِلكِ كما لو أقامَا البينةَ، ولأنَّ التعدُّدَ في الأبناءِ ممكنٌ دونَ الآباءِ.

(بط): في هذه المسألة: فإذا مات أحدُهما عتقَت، ولا ضمانَ للشريكِ في تركتِه بالاتفاقِ، ولا سِعايةَ عليها في نصيبِ شريكِه عنده، ويسعى عندهما، ولو أعتقَها أحدُهما عتَقَتْ ولا ضمانَ عليه ولا سعايةَ عليها، وقالا: يضمَنُ نصفَ قيمَتِها أمَّ ولدٍ للشريكِ إن كانَ موسراً، وإن كان مُعسِراً سعَتْ في ذلك كله، وقيمةُ أمِّ الولدِ نصفُ قيمتِها قِنَّةً، وقيل: ثُلثُها، وقيل: بكم تستخدَمُ مدَّةَ عمُرِها، قال أستاذنا: ظنَّ بعضُ

---

(١) رواه محمد في «الأصل» (٨/ ٤٢/ قطر)، وأبو بكر الضبي في «أخبار القضاة» (٢/ ١٩٢).

(٢) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٤٣٩٦)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٧/ ٣٦٣)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٦١٧٤).

(٣) رواه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٦١٦٩).

(٤) في (ش) و(ف): «الأب المسلم».

الناس أنَّ قولَه: عتقَتْ بالإجماعِ، دليلٌ على أنَّ الإعتاقَ لا يتجزَّأ عندَ أبي حنيفةَ هاهنا، وقد كشَفَ السرَّ فيه القاضِي الصدرُ في «غناء الفقهاء» وشيخُ الإسلام في (شب): أنَّ الإعتاقَ يتجزَّأُ عنده، لكنِ العتقُ لا يتجزَّأُ، فيسرِي إلى نصيبِ شريكِه، وإنما أخِّرَ العِتقُ فيما إذا أُعتِقَ بعضُ القِنِّ نظراً للساكتِ ليصِلَ إلى حقِّه بالضَّمانِ أو السِّعايةِ قبلَ بطلانِ مِلكِه، ولا كذلك هاهنا؛ لأنَّه لا يجِبُ الضَّمانُ ولا السِّعايةُ عنده، فلا فائدةَ في تأخيرِ العتقِ فيه: فيعتِقُ في الحالِ.

(شب): ولو كاتَبَ أمَّ ولدِه ثم أعتَقَ بعضَها عتَقَ كلُّها عندهم لِما مرَّ، وسقَطَ عنها بدلُ الكتابةِ، ولو قال أحدُ الشريكَين: إن كانَ ما في بطنِها غلاماً فهو مني، وإن كانت جاريةً فليست مني، وعكسَه الآخَرُ معاً، فإن جاءت بولدٍ لأقلَّ من ستةِ أشهرٍ فهو لهما، غلاماً كان أو جاريةً، ولستةِ أشهرٍ لا يثبُتُ من واحدٍ منهما حتى يُعيدَ الدعوى بعدُ وإن تعاقَبَ الكلامانِ فالولدُ للأوَّل، غلاماً كان أو جاريةً إذا ولدَتْه[1] لأقلَّ من ستَّةِ أشهرٍ من الكلامَين، وإن كانَ لأقلَّ من الكلامِ الأخيرِ دونَ الأولِ، فالولدُ للأخيرِ، وإن ولدَتْه لستةِ أشهرٍ بعدهما لم يثبُتْ من واحدٍ منهما كما مرَّ.

وَإِذَا وَطِئَ المَوْلَى جَارِيَةَ مَكَاتَبِهِ، فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ، فَادَّعَاهُ، فَإِنْ صَدَّقَهُ الْمُكَاتَبُ: ثَبَتَ نَسَبُ الْوَلَدِ مِنْهُ، وَعَلَيْهِ عُقْرُهَا، وَقِيمَةُ وَلَدِهَا، وَلَا تَصِيرُ الجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ.

قال: (**وَإِذَا وَطِئَ المَوْلَى جَارِيَةَ مَكَاتَبِهِ، فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ، فَادَّعَاهُ، فَإِنْ صَدَّقَهُ المُكَاتَبُ: ثَبَتَ نَسَبُ الْوَلَدِ مِنْهُ**) وعن أبي يوسُفَ: لا يُعتبرُ تصديقُه كما في جاريةِ ابنِه، ولهما: أنَّ المولى لا يملِكُ التصرُّفَ في اكتسابِ مُكاتَبِه حتى لا يتملَّكَها، والأبُ يملِكُ تملُّكَ مالِ ابنِه، فلا يحتاجُ إلى تصديقِه.

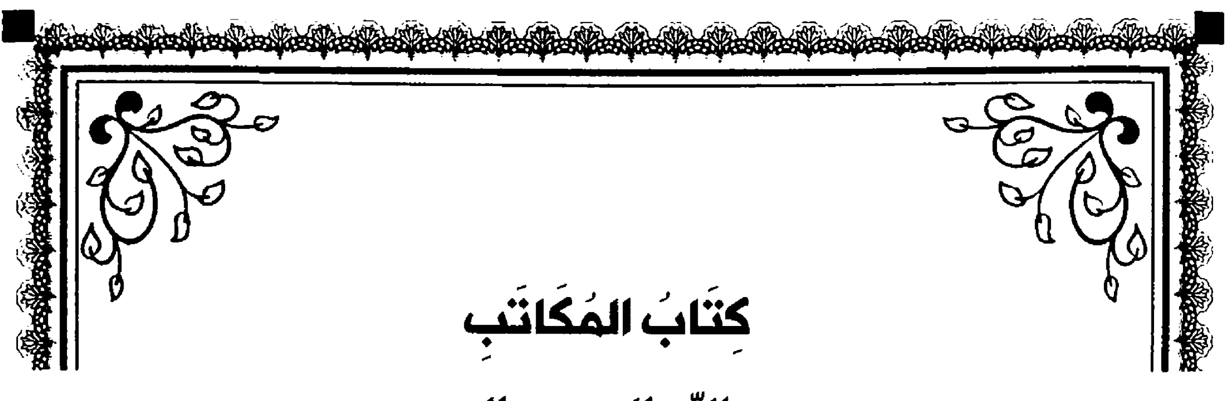
---

(١) في (ج): «ولدت».

قال: (وَعَلَيْهِ عُقْرُهَا، وَقِيمَةُ وَلَدِهَا) لأَنَّه في معنى المغرورِ؛ لأنَّه اعتمدَ دليلاً وهو أنَّه كسَبَ كسْبَه، فلم يرضَ برِقِّه، فيكونُ حراً بالقيمةِ ثابتَ النسَبِ منه.

قال: (وَلَا تَصِيرُ الجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ) لأنَّه لا مِلكَ له فيها حقيقةً، وإن كذَّبَه المكاتَبُ في النسبِ لم يثبُتْ لِما بيَّنَّا، وإن ملَكَه يوماً ثبَتَ نسَبُه منه لقيامِ الموجِبِ وزوالِ المانعِ.

***



كِتَابُ المُكَاتَبِ

بسم الله الرحمن الرحيم

إِذَا كَاتَبَ المَوْلَى عَبْدَهُ أَوْ أَمَتَهُ عَلَى مَالٍ شَرَطَهُ عَلَيْهِ، وَقَبِلَ العَبْدُ ذَلِكَ: صَارَ مُكَاتَبًا، وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ المَالَ حَالًّا، وَيَجُوزُ مُؤَجَّلًا وَمُنَجَّمًا.

وَيَجُوزُ كِتَابَةُ العَبْدِ الصَّغِيرِ إِذَا كَانَ يَعْقِلُ البَيْعَ وَالشِّرَاءَ، وَإِذَا صَحَّتْ الكِتَابَةُ: خَرَجَ المُكَاتَبُ مِنْ يَدِ الْمَوْلَى، وَلَمْ يَخْرُجْ مِنْ مِلْكِهِ، وَيَجُوزُ لَهُ الْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ وَالسَّفَرُ.

اعلم أنَّ الكتابةَ عقدٌ مشروعٌ مندوبٌ ثبَتَ شرعيتُها بالكتاب والسنَّة.

أمَّا الكتابُ: فقوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣]، وإنه للندْبِ بإجماعِ الأمَّة، وأمَّا السُّنة فقولُه عليه السَّلامُ: «أيُّما عبدٍ كُوتِبَ على مِائةِ دينارٍ فأدَّاها إلا عشرةَ دنانيرَ فهو عبدٌ»[1]، وهي مشتَقةٌ من الكِتْبة[2]؛ لأنَّ العبدَ لا يتمكَّنُ من أداءِ بدَلِه إلا مؤجَّلاً، والكِتبةُ مندوبٌ في الدَّينِ المؤجَّل، إذا عرَفْنا هذا فنقول:

قال المصنف: (إِذَا كَاتَبَ المَوْلَى عَبْدَهُ أَوْ أَمَتَهُ عَلَى مَالٍ شَرَطَهُ عَلَيْهِ، وَقَبِلَ الْعَبْدُ ذَلِكَ: صَارَ مُكَاتَبًا) لما بيَّنَّا.

(هـ)[3]: والمرادُ بالخير في الآيةِ على ما قيل: أن لا يضُرَّ بالمسلمين بعد العتقِ، فإن كان يضرُّهم فالأفضلُ أن لا يكاتِبَه، وشرَطَ قبولَ العبدِ؛ لأنَّه يلزَمُه مالٌ، فلا بدَّ من

---

(١) رواه الحاكم في «المستدرك» (٢٨٦٣) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنهم. وقال: حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

(٢) انظر: «مختار الصحاح» (ص: ٢٦٦).

(٣) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٥٠).

التزامِه، ولا يعتِقُ إلا بأداء كلِّ البدلِ؛ لقوله عليه السَّلامُ: «المكاتَبُ عبدٌ ما بقيَ عليه درهمٌ»[1].

(تح)[2]: وعتَقَ بالأداءِ بحُكمِ المعاوَضةِ لا بحكمِ الشرطِ، وقال الشافعيُّ[3]: لا بدَّ من ذكرِ التعليقِ بشرطِ الأداء.

(شس): ولو كاتبَه على أيِّ عملٍ كان يجوزُ.

قال: (وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ الْمَالَ حَالًّا، وَيَجُوزُ مُؤَجَّلًا وَمُنَجَّمًا) وقال الشافعيُّ[4]: لا بدَّ من نجمَين؛ لعجزِه عن التسليمِ في الحالِ؛ لعدمِ أهليَّةِ المِلكِ قبله، ولنا: إطلاقُ ما تلَونا وروينا، ولأنَّه عقدُ معاوَضةٍ، فأشبَهَ البدَلُ الثمنَ[5] في البيعِ، والقدرةُ لم تُشترَطْ فيه إجماعاً، بخلاف السَّلَمِ على أصلِنا؛ لأنَّ المسلَمَ فيه معقودٌ عليه، فلا بدَّ من القدرةِ عليه، وفي الحالِ كما امتنعَ من الأداءِ يُردُّ في الرقِّ.

قال: (وَيَجُوزُ كِتَابَةُ العَبْدِ الصَّغِيرِ إِذَا كَانَ يَعْقِلُ البَيْعَ وَالشِّرَاءَ) لتحقُّقِ الإيجابِ والقَبولِ؛ لأنَّ العاقلَ من أهل القَبولِ خلافاً للشافعيِّ[6] بناءً على مسألة إذنِ الصَّبيِّ

---

(١) رواه أبو داود (٣٩٢٦)، والترمذي (١٢٦٠)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٥٠٠٧)، وابن ماجه (٢٥١٩)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤٧١٢)، والطبراني في «مسند الشاميين» (١٣٨٦)، والبيهقي في «معرفة السنن والآثار» (٢٠٦٩٠) من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده رضي الله عنه. وجاء عند بعضهم بلفظ: «من كاتب عبده على مائة أوقية فأداه إلا عشر أواق ـ أو قال: عشرة دراهم ـ ثم عجز فهو رقيق».

(٢) انظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٨٢).

(٣) انظر: «روضة الطالبين» (١٢/ ٢٠٩).

(٤) انظر: «روضة الطالبين» (١٢/ ٢١٢).

(٥) في (ش) و(ف): «كالثمن».

(٦) انظر: «روضة الطالبين» (١٢/ ٢٢٦).

العاقلِ في التجاراتِ، بخلافِ ما إذا لم يعقِلْ؛ لعدمِ القَبولِ الصَّحيحِ منه، فلا ينعقِدُ أصلاً، حتى لو أدَّى عنه غيرُه: لا يعتِقُ، ويستردُّ ما دفعَ.

(جص): ولو قال جعلتُ عليك ألفاً تؤدِّيها إليَّ نجوماً، أولُها كذا وآخِرُها كذا، فإذا أدَّيتَها فأنت حرٌّ، وإن عجَزتَ فأنت رقيقٌ، فهي مكاتَبةٌ صحيحةٌ؛ لأنَّه أتى بتفسيرِ الكتابةِ، ولو قال: إذا أدَّيتَ إليَّ ألفاً، كلَّ شهرٍ مِائةٌ، فأنت حرٌّ، فهي مُكاتَبةٌ في روايةِ أبي سليمانَ دونَ روايةِ أبي حفص.

قال: (**وإِذَا صَحَّتْ الكِتَابَةُ: خَرَجَ المُكَاتَبُ مِنْ يَدِ المَوْلَى، وَلَمْ يَخرُجْ مِنْ مِلْكِهِ**) أمَّا الخروجُ من يدِه فلتحقيقِ مقصودِ الكتابةِ؛ وهو أداءُ البدَلِ، فيملِكُ البيعَ والشراءَ والخروجَ إلى السفرِ وإن نهاه المولى، وأمَّا عدمُ الخُروجِ من مِلكِه فلِمَا روَينا.

قال: (**وَيَجُوزُ لَهُ البَيْعُ وَالشِّرَاءُ وَالسَّفَرُ**) لأنَّ الكتابةَ فكُّ الحَجْرِ في البلد والتصرُّفِ لِما مرَّ.

وَلَا يَجُوزُ لَهُ التَّزَوُّجُ إِلَّا بِإِذْنِ المَوْلَى، وَلَا يَهَبُ وَلَا يَتَصَدَّقُ إِلَّا بِالشَّيْءِ اليَسِيرِ، وَلَا يَتَكَفَّلُ. فَإِنْ وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ أَمَتِهِ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ، وَكَانَ حُكْمُهُ كَحُكْمِهِ، وَكَسْبُهُ لَهُ.

وَإِنْ زَوَّجَ الْمَوْلَى أَمَتَهُ مِنْ عَبْدِهِ ثُمَّ كَاتَبَهُمَا، فَوَلَدَتْ مِنْهُ وَلَدًا: دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِما، وَكَانَ كَسْبُهُ لَهَا.

وَإِنْ وَطِئَ الْمَوْلَى مُكَاتَبَتَهُ: لَزِمَهُ الْعُقْرُ، وَإِنْ جَنَى عَلَيْهَا، أَوْ عَلَى وَلَدِهَا: لَزِمَتْهُ الْجِنَايَةُ، وَإِنْ أَتْلَفَ مَالاً لَهَا: غَرِمَهُ.

قال: (**وَلَا يَجُوزُ لَهُ التَّزَوُّجُ إِلَّا بِإِذْنِ المَوْلَى**) لأنَّه ليسَ من بابِ الاكتسابِ، فبقيَ على أصلِ الحَجْرِ.

قال: (**وَلَا يَهَبُ وَلَا يَتَصَدَّقُ إِلَّا بالشَّيْءِ اليَسِيرِ، وَلَا يَتَكَفَّلُ**) لأنَّ هذه الأشياءَ تبرُّعٌ،

وتعلُّقُ حقِّ المولى به يمنعُ التبرُّعَ كحقِّ الغرَماء، بخلافِ اليسيرِ استحساناً لا قياساً؛ لأنَّه لا بدَّ للتجَّارِ من الهِبةِ اليسيرةِ والضيافةِ اليسيرةِ والإعارةِ، ولهذا يملِكُها العبدُ المأذونُ، ولأنَّه عليه السلام قبِلَ الهديةَ من سلْمانَ ومارية أيضاً، وكانا مكاتَبين.

(**شق**): ولو أجازَ المولى كفالتَه أو هبتَه: لم يصِحَّ أيضاً؛ لأنَّه لا مِلكَ للمَولى في ماله، وإنما حقُّه متعلِّقٌ به، فهو كالغريمِ إذا أجازَ عتقَ الوارثِ أو هِبتَه: لا يجوزُ.

(**هـ**)[1]: ويملِكُ البيعَ بالمحاباةِ، فإنْ شرَطَ المولى عليه أن لا يخرُجَ من البلدِ: فله أن يخرُجَ استحساناً، ولا يتكفَّلُ نفساً ولا مالاً، ولا يُقرِضُ ولا يهَبُ بعِوَضٍ؛ لأنَّه تبرُّعٌ ابتداءً.

قال: (**فَإِنْ وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ أَمَتِهِ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ، وَكَانَ حُكْمُهُ كَحُكْمِهِ وَكَسْبُهُ لَهُ**) لأنَّه يملِكُ كتابةَ مملوكِه وإن لم يملِكْ إعتاقَه، فيُجعلُ مكاتَباً تحقيقاً للصلةِ بقدْرِ الإمكانِ، كالحرِّ يملِكُ الإعتاقَ، فيعتِقُ عليه، وإنما كان كسبُه له؛ لأنَّه كسْبُ كسْبِه، وكذا المكاتَبةُ[2] إذا ولَدَتْ يكون تَبعاً لها كالبيعِ.

قال: (**وَإِنْ زَوَّجَ الْمَوْلَى أَمَتَهِ مِنْ عَبْدَهُ ثُمَّ كَاتَبَهُمَا، فَوَلَدَتْ مِنْهُ وَلَدًا: دَخَلَ فِي كِتَابَتِهَما وَكَانَ كَسْبُهُ لَهَا**) لأنَّ تبعيَّةَ الأمِّ أرجَحُ؛ لأنَّه انفصَلَ عنها وهو متقوِّمٌ، بخلافِ الأبِ، ولهذا يتبعُها في الرقِّ والحرِّيَّة.

قلتُ: وقد وقعَ فـي كثيرٍ من النُّسخِ: «دخلَ في كتابتِهما» وتأويلُه أن كتابتَهما واحدةٌ، فكانت كتابتُها ككتابتِهما، وكتابتها: بالإفرادِ أَولى، وما وقَعَ في بعضِ النُّسَخِ: «وكان كسبُه لهما» سهوٌ؛ إنما الصواب: لها.

---

(١) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٥٤).

(٢) في (ج): «لمكاتبه».

قال: (وَإِنْ وَطِئَ المَوْلَى مُكاتَبَتَهُ: لَزِمَهُ الْعُقْرُ) لأنَّها صارت أخصَّ بأجزائها ليتوسَّلَ إلى المقصُودِ من الكتابةِ بالبدلِ منها، ومنافعُ البُضْعِ ملحَقةٌ بالأجزاءِ.

قال: (وَإِنْ جَنَى عَلَيْهَا، أَوْ عَلَى وَلَدِهَا: لَزِمَتْهُ الْجِنَايَةُ) لما مرَّ.

قال: (وَإِنْ أَتْلَفَ مَالًا لَهَا: غَرِمَهُ) لأنَّ المولى كالأجنبيِّ في أكسابِ المكاتَبِ ونفسِه، وإلا لَفاتَ الغرضُ منها.

وَإِذَا اشْتَرَى المُكَاتَبُ أَبَاهُ أَوْ ابْنَهُ: دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ، وَإِذَا اشْتَرَى أُمَّ وَلَدِهِ: دَخَلَ وَلَدُهَا فِي الْكِتَابَةِ، وَلَمْ يَجُزْ لَهُ بَيْعُهَا.

وَإِذَا عَجزَ الْمُكَاتَبُ عَنْ نَجْمٍ: نَظَرَ الْحَاكِمُ فِي حَالِهِ، فَإِنْ كَانَ لَهُ دَيْنٌ يَقْتَضِيهِ، أَوْ مَالٌ يَقْدُمُ عَلَيْهِ: لَمْ يَعْجَلْ بِتَعْجِيزِهِ، وَانْتَظَرَ عَلَيْهِ الْيَوْمَيْنِ أَوالثَّلَاثَةِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَجْهٌ، وَطَلَبَ الْمَوْلَى تَعْجِيزَهُ: عَجَّزَهُ وَفَسَخَ الْكِتَابَةَ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يُعَجِّزُهُ حَتَّى يَتَوَالَى عَلَيْهِ نَجْمَانِ، وَإِذَا عَجزَ الْمُكَاتَبُ: عَادَ إِلَى أَحْكَامِ الرِّقِّ.

قال: (وَإِذَا اشْتَرَى المُكَاتَبُ أَبَاهُ أَوْ ابْنَهُ: دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ) لِما مرَّ، وإن اشترى ذا رحِمٍ محرَمٍ منه لأولادٍ له لم يدخُلْ في كتابتِه عندَ أبي حنيفةَ، وقالا: يدخُلُ اعتباراً بقرابةِ الوِلادِ كالعِتقِ بالمِلكِ، وله: أنَّ للمكاتَبِ كسباً لا مِلكاً، غيرَ أنَّ الكسبَ يكفِي للصلةِ في الوِلادِ، حتى أنَّ القادرَ على الكسبِ يُخاطَبُ بنفقةِ الوالدِ والولدِ، ولا يكفِي في غيرِها، حتى لا تجبُ نفقةُ الأخِ والعمِّ إلا على الموسِرِ، ولأنَّ قَرابةَ الوِلادِ قرابةٌ قويةٌ، ومِلكَ المكاتَب ضعيفٌ، ويتقوَّى الضعيفُ بالقويِّ، كشهادةِ النساء مع الرجالِ، والقرابة المتوسِّطةُ قرابةٌ ضعيفةٌ، ومِلكُ المكاتَب ضعيفٌ، والضَّعيفُ لا يتقوَّى بالضعيفِ، كشهادَةِ النساءِ مع النساءِ.

قال: (وَإِذَا اشْتَرَى أُمَّ وَلَدِهِ: دَخَلَ وَلَدُهَا فِي الكِتَابَةِ، وَلَمْ يَجُزْ له بَيْعُهَا) معناه:

اشتراها معَ ولدها، أمَّا دخولُ ولدِه في الكتابةِ فلِما مرَّ، وأمَّا امتناعُ بيعِها فلأنَّها تَبعٌ للولدِ في هذا الحكمِ، قال عليه السَّلامُ «أعتَقَها ولدُها»[١]، وإن لم يكُنْ لها[٢] ولدٌ فكذلك الجوابُ عندهما؛ لأنَّها أمُّ ولدٍ خِلافاً لأبي حنيفةَ؛ لأنَّ امتناعَ بيعِها بالتَّبعيةِ للولدِ، ولا ولدَ هنا.

قال: (**وَإِذَا عَجَزَ المُكَاتَبُ عَنْ نَجْمٍ: نَظَرَ الحَاكِمُ فِي حَالِهِ، فَإِنْ كَانَ لَهُ دَيْنٌ يَقْتَضِيهِ**[٣] **أَوْ مَالٌ يَقْدُمُ عَلَيْهِ: لَمْ يَعْجَلْ بِتَعْجِيزِهِ، وَانْتَظَرَ عَلَيْهِ اليَوْمَيْنِ أَو الثَّلَاثَةِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَجْهٌ، وَطَلَبَ المَوْلَى تَعْجِيزَهُ: عَجَّزَهُ وَفَسَخَ الكِتَابَةَ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يُعَجِّزُهُ حَتَّى يَتَوَالَى عَلَيْهِ نَجْمَانِ**) وإنما ينتظِرُ نظراً للجانبَين، والثلاثةُ الأيامُ تُضربُ لإيلاءِ الأعذارِ، كإمهالِ الخصمِ للدَّفعِ والمديونِ للقضاءِ، وجهُ قولِ أبي يوسُفَ: حديثُ عليٍّ: «إذا توالى على المكاتَبِ نجمان رُدَّ في الرقِّ»[٤]، ولهما: أنَّ سببَ الفسخِ قد تحقَّقَ؛ لأنَّ مَن عجزَ عن أداءِ نجمٍ، فهو عن أداءِ نجمَينِ أعجزُ، فيفوتُ مقصُودُ المولى، وهو وصولُ حصَّةِ النجمِ عندَ حلولِه، فيُفسَخُ إذا لم يكُنْ راضياً بدونِه، ولأنَّه لمَّا حلَّ[٥] حصَّةُ هذا النجمِ صارَ كأنَّه كاتَبَه على مالٍ حالٍّ ومؤجَّلٍ، ومثلُه إذا عجَزَ عن أداءِ الحالِّ، فللمولى فسخُه، والآثارُ فيه

---

(١) رواه ابن ماجه (٢٥١٦)، وابن أبي عاصم في «الآحاد والمثاني» (٣١٣٢)، والدارقطني في «السنن» (٤٢٣٣)، والحاكم في «المستدرك» (٢١٩١)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٢١٧٨٢) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما. قال ابن حجر في «الدراية» (٢/ ٨٧): إسناده ضعيف لكن له طريق عند قاسم بن أصبغ إسنادها جيد.

(٢) في (ج): «معها».

(٣) في (ش) و(ف): «يقبضه».

(٤) رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢١٤١٣). قال ابن حجر في «الدراية» (٢/ ١٩٢): حديث علي أخرجه ابن أبي شيبة من طريق حصين الحارثي عن علي وفي إسناده حجاج بن أرطاة، وأخرجه البيهقي من وجه آخر عن علي.

(٥) في (ش) و(ف): «حصَّلَ».

متعارِضةٌ، ورويَ عن ابن عمرَ: أنَّ مكاتَبةً له عجَزَت[1] عن نجمٍ فردَّها[2].

(جص)[3]: فإن أخلَّ بنجمٍ عند غيرِ الحاكم، فرَدَّه برِضاه: جازَ كالفسخِ بالتراضِي، وإن لم يرضَ: لا يجوزُ إلا بالقضاءِ، كالردِّ بالعيبِ.

قال: (**وإذَا عَجزَ المُكَاتَبُ: عَادَ إِلَى أَحْكَامِ الرِّقِّ**) لانفساخِ الكتابةِ، فكانَ ما في يدِه من الأكسَابِ لمولاه؛ لأنَّه ظهرَ أنَّه كسبُ عبدِه.

(ط)[4]: ولو أرادَ المكاتَبُ أن يعجِّزَ نفسه، فقال المولى: لا أعجِّزُك، قال أبو بكرٍ البلخيُّ: قال محمدُ بنُ سلَمةَ: للمَولى ذلك، ولا تفسخُ الكتابةُ بتعجيزِه، ثمَّ قال أبو بكرٍ: هذا خلافُ ما ذكره أصحابُنا في كتُبهم أنَّ للعبدِ أنْ يعجِّزَ نفسَه، فالحاصلُ: أنَّ الكتابةَ لازمةٌ في جانبِ المكاتَب عندَه، غيرُ لازمَةٍ عندَ أصحَابِنا.

فَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَلَهُ مَالٌ: لَمْ تُفْسَخ الكِتَابَةُ، وَقُضِيَت الكِتَابَةُ مِنْ أَكْسَابِهِ، وَحُكِمَ بِعِتْقِهِ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ، وَمَا بَقِيَ فَهُوَ مِيْرَاثٌ لِوَرَثَتِهِ، وَيَعْتِقُ أَوْلَادُهُ، وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً وَتَرَكَ وَلَدًا مَوْلُودًا فِي الْكِتَابَةِ: سَعَى فِي كِتَابَةِ أَبِيهِ عَلَى نُجُومِهِ، فَإِذَا أَدَّى: حَكَمْنَا بِعِتْقِ أَبِيهِ قَبْلَ مَوْتِهِ، وَعِتقِ الوَلَدِ.

وَإِنْ تَرَكَ وَلَدًا مُشْتَرًى قِيلَ لَهُ: إِمَّا أَنْ تُؤَدِّيَ الكِتَابَةَ حَالَّةً، وَإِلَّا رُدِدْتَ فِي الرِّقِّ.

قال: (**فَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَلَهُ مَالٌ: لَمْ تُفْسَخ الْكِتَابَةُ، وَقُضِيَت الكِتَابَةُ[5] مِنْ أَكْسَابِهِ،**

---

(١) في (ج): «مكاتباً له عجز».

(٢) قال ابن حجر في «الدراية» (٢/ ١٩٢): حديث ابن عمر لم أجده هكذا، وإنما روى ابن أبي شيبة فمن طريق أبان البجلي عن عطاء أن ابن عمر كاتب غلاماً له على ألف دينار فأداها إلا مائة فرده في الرق.

(٣) انظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٨/ ٣٦٥).

(٤) انظر: «المحيط البرهاني» (٤/ ١٠٥).

(٥) في (ش): «كتابته» في (ف): «بماله».

وَحُكِمَ بِعِتْقِهِ فِي آخَرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ، وَمَا بَقِيَ فَهُوَ مِيْرَاثٌ لِوَرَثَتِهِ، وَيَعْتِقُ أَوْلَادُهُ) وهذا قولُ عليٍّ وابنِ مسعودٍ رضي الله عنهما(١)، وبه أخذَ علماؤنا رحمهم الله، وقال الشافعيُّ(٢): تبطُلُ الكتابةُ ويموتُ عبداً وما ترَكَ لمولاه، وإمامُه فيه زيدُ بنُ ثابتٍ رضي الله عنه(٣)، ولأنَّه يتعذَّرُ عتقُه قبلَ الأداءِ لفقدِ الشرطِ، وبعدَه لعدمِ المحليَّة، ولنا: أنَّه عقدُ معاوَضةٍ لا يبطلُ بموتِ أحدِ المتعاقدَين؛ وهو المولى، فلا يبطُلُ بموتِ الآخرِ بالقياسِ، بجامعِ الحاجةِ إلى بقاءِ العقدِ لإحياءِ الحقِّ، فيُتركُ حيًّا تقديراً، أو يُسنَدُ سببُ الحريةِ إلى ما قبلَ الموتِ، فيصيرُ كأنَّه أدَّى قبلَ الموتِ.

قال: **(وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً وَتَرَكَ وَلَدًا مَوْلُودًا فِي الكِتَابَةِ: سَعَى فِي كِتَابَةِ أَبِيهِ عَلَى نُجُومِهِ، فَإِذَا أَدَّى: حَكَمْنَا بِعِتْقِ أَبِيهِ قَبْلَ مَوْتِهِ، وَعِتقِ الْوَلَدِ)** لأنَّ الولدَ داخلٌ في كتابتِه، وكسبُه ككسبِه، ويخلُفُه في الأداءِ، فصارَ كما إذا ترَكَ وفاءً، قلتُ: وقولُه في المتن: «وعِتقِ الولدِ» بكسر القاف؛ لأنَّه يستندُ عِتقُ الولدِ بالتَّبعيةِ لأبيه إلى آخرِ الحياة.

قال: **(وَإِنْ تَرَكَ وَلَدًا مُشْتَرًى(٤) قِيلَ لَهُ: إِمَّا أَنْ تُؤَدِّيَ الْكِتَابَةَ حَالَّةً، وَإِلَّا رُدِدْتَ فِي الرِّقِّ)** عند أبي حنيفةَ، وعندهما: يؤدِّيه إلى أجَلِه كالمولودِ في الكتابة بجامعِ التبعيَّةِ،

---

(١) قول علي أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢١٥١١)، وعبد الرزاق في «مصنفه» (١٥٦٦٨) قال: بعث علي محمد بن أبي بكر على مصر فكتب إليه يسأله عن مكاتب مات وترك مالا وولدا، فكتب يأمر في الكتاب: «إن كان ترك وفاء لمكاتبته يدعي مواليه فيستوفون، وما بقي كان ميراثاً لولده».

وقول ابن مسعود رواه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/ ٥٥٧)، بلفظ: كان عبد الله يقول: يؤدي إلى مواليه ما بقي عليه من مكاتبته ولورثته ما بقي.

(٢) انظر: «بحر المذهب» (٨/ ٢٩٣).

(٣) ذكر البيهقي في «السنن الكبرى» (٢١/ ٤٨٣) (٢١٧١٢) قول زيد بن ثابت قال: المكاتب عبد ما بقي عليه درهم لا يرث ولا يورث.

(٤) في (ج) زيادة: «في الكتابة».

ولأبي حنيفةَ: أنَّ الأجلَ شرطٌ في العقدِ، فيثبتُ في حقِّ مَن دخَلَ في العقدِ، والمشترى لم يدخُلْ فيه قصداً، ولا سري إليه حكمُه لانفصالِه، بخلافِ المولود في الكتابةِ؛ لأنَّه متصِلٌ به وقتَ الكتابةِ، فيَسري إليه حكمُه، فيسعى في نجومِه.

(هـ)[1]: فإن اشترى ابنَه ثم ماتَ وتركَ وفاءً، ورِثَه ابنُه لعتقِه[2] مع عتقِ أبيه تَبعاً، وكذلك إن كان هو وابنُه مكاتَبَين كتابةً واحدةً؛ لأنَّهما جُعِلا كشخصٍ واحدٍ، فيتَّحدُ وقتُ عتقِهما.

وَإِذَا كَاتَبَ الْمُسْلِمُ عَبْدَهُ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ، أَوْ عَلَى قِيمَةِ نَفْسِهِ: فَالْكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ، فَإِنْ أَدَّى الْخَمْرَ: عَتَقَ، وَلَزِمَهُ أَنْ يَسْعَى فِي قِيمَتِهِ، لَا يُنْقَصُ مِن الْمُسَمَّى، وَيُزَادُ عَلَيْهِ.

فَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى حَيَوَانٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ: فَالْكِتَابَةُ جَائِزَةٌ.

قال: (**وَإِذَا كَاتَبَ الْمُسْلِمُ عَبْدَهُ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ، أَوْ عَلَى قِيمَةِ نَفْسِهِ: فَالْكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ**) لأنَّ الخمرَ والخنزيرَ ليس بمالٍ في حقِّ المسلم، فلا يصلُحُ بدلاً: فيفسُدُ العقدُ، وأمَّا القيمةُ فلأنَّها مجهولةٌ قدْراً وجِنْساً ووَصفاً، فتفاحشَتْ جهالتُها، كما لو كاتبَه على ثوبٍ أو دابَّة، ولأنَّه تنصيصٌ على فسادِه بنصِّه على موجبِه وهو القيمةُ.

قال: (**فَإِنْ أَدَّى الخَمْرَ: عَتَقَ**) وقال زُفرُ: لا يعتِقُ إلا بأداءِ قيمةِ الخمرِ؛ لأنَّ البدلَ هو القيمةُ، وعن أبي يوسُفَ أنَّه يعتِقُ بأداء الخمرِ؛ لأنَّه بدلٌ صورةً وبأداء قيمتِها أيضاً؛ لأنَّه بدلٌ معنًى، وعن أبي حنيفةَ: أنَّه إنما يعتِقُ بأداء عينِ الخمرِ إذا كانَ قال: إن أدَّيتَها فأنت حرٌّ؛ لتعلُّقِه بالشرطِ حينئذٍ، وصارَ كما إذا كاتب على مَيتةٍ أو دمٍ، ولا فصلَ في ظاهرِ الروايةِ، والفرقُ بينهما وبين الميتةِ أنهما مالٌ في الجملةِ دونَ الميتةِ.

---

(١) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٦٥).

(٢) في (ش): «بعتقه».

قال: (**وَلَزِمَهُ أَنْ يَسْعَى فِي قِيمَتِهِ**) لأَنَّه وجَبَ عليه ردُّ رقبتِه، وقد تعذَّرَ بالعتقِ، فيرُدُّ قيمتَه كالبيعِ الفاسدِ إذا تلفَ المبيعُ.

قال: (**لَا يُنْقَصُ مِن المُسَمَّى، وَيُزَادُ عَلَيْهِ**) لأَنَّه عقدٌ فاسدٌ، فتجبُ القيمةُ عند هلاك المبدَلِ بالغةً ما بلغَتْ، كما في البيعِ الفاسدِ، بخلافِ ما لو كاتَبَه على ثوبٍ حيثُ لا يعتِقُ؛ لأَنَّه لا يوقَفُ على مرادِ المولى لكثرةِ أجناسِه، فلا يعتِقُ بدونِ إرادتِه، وكذا إن كاتبَه على شيءٍ بعينِه لغيرِه لعجزِه عن تسليمِه، حتى لو كان من الأثمانِ يجوزُ، وفي روايةِ الحسَنِ عن أبي حنيفةَ أَنَّه يجوزُ حتى أنه إذا ملَكَه وسلَّمَ: يعتِقُ، فإن أجازَ صاحبُه فعن محمدٍ أَنَّه يجوزُ كالبيعِ، وعن أبي حنيفةَ أَنَّه لا يجوزُ، وعن أبي يوسُفَ أَنَّه يجوزُ؛ أجازَ أو لم يُجِزْ كالنكاحِ.

(**شط**[١]: ولو كاتَبَ مدبَّرَه أو أمَّ ولدِه على قيمتِه: جازَ؛ لأَنَّه لا يملِكُ، فانعقَدَ[٢] على القيمةِ، فإن قلتَ: قولُه في مسألةِ الكتاب: «ولا يُنقصُ من المسمَّى ويُزادُ عليه» لا يُتصوَّرُ في الكتابةِ بالقيمةِ، وكذا بالخمرِ والخنزيرِ؛ لأَنَّه لا يجِبُ المسمَّى، فلا يُتصوَّرُ النقصانُ والزيادةُ عليه، قلتُ: قد تأمَّلتُ في الجوابِ عنه زماناً، وفتَّشتُ الشروحَ وباحَثتُ[٣] الأصحابَ، فلم يغنِني ذلك منها شيئاً، حتى ظفَرتُ بما ذكرَ الإمام الملهَمُ ركنُ الأئمة الصَّبَّاغيُّ في «شرحِه» فقال: وهذا إذا سمَّى مالاً وفسَدَتِ الكتابةُ بوجهٍ من الوجوهِ، لا يُنقَصُ من المسمَّى ويُزادُ عليه، فالحاصلُ: أنَّ هذه صورةٌ مستأنَفةٌ غيرُ متَّصلةٍ بالأوَّل، وهذا كمَنْ كاتَبَ عبدَه على ألفٍ ورطلٍ من خمرٍ، فإذا أدَّى ذلك عتَقَ، سواءٌ قال: إذا أدَّيت إليَّ فأنت حرٌّ، أو لم يقل، ويجِبُ عليه الزيادةُ إن كانت القيمةُ أكثرَ،

---

(١) في (ج): «قال» بدل قوله: «شط».

(٢) في (ش) و(ف): «فالعقد».

(٣) في (ش و(ف): «وناجيت».

وإن كانت قيمتُه أقلَّ من ألفٍ[١] لا يستردُّ الفضلَ عندنا[٢].

قلتُ[٣]: فدعَوتُ له وحمِدتُ اللهَ تعالى على ذلك، وكان يتخالَجُ في قلبِي ذلك، ولكنِّي ما اجترأتُ على كتْبِه ما لم أجِدْه منصُوصاً عليه.

قال: (**فإنْ كَاتَبَهُ عَلَى حَيَوَانٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ: فَالْكِتَابَةُ جَائِزَةٌ**) قلتُ: معناهُ على حيوان معلومِ الجنسِ غيرِ موصُوفِ النَّوعِ والكيفيةِ، كالعبدِ والفرسِ والبعيرِ، حتى لو لم يتبيَّنْ جِنسُه، بأن كاتبَه على دابةٍ، أو على عشْرٍ من الأنعامِ: لا يجوزُ على ما مرَّ تقريرُه في كتاب النكاحِ: أنَّ جهالةَ الجنسِ متفاحِشةٌ، وجهالةَ النوعِ يسيرةٌ، فيتحمَّلُ فيما هو معاوَضةٌ ماليةٌ من وجهٍ، وتعليقُ إسقاطِ الملكِ بالشرطِ من وجهٍ، ويجبُ الوسَطُ من النوعِ المذكورِ، ويُجبرُ المولى على قَبولِ قيمتِه على ما مرَّ، وقال الشافعيُّ[٤]: لا يجوزُ كالبيعِ، ولنا: أنَّه يجوزُ كالنكاحِ؛ لأنَّها تُبنى على المسامَحة، والبيعُ على المماكَسةِ.

وَإِنْ كَاتَبَ عَبْدَيْهِ كِتَابَةً وَاحِدَةً بِأَلْفِ دِرْهَمٍ؛ فَإِنْ أَدَّيَا عَتَقَا، وَإِنْ عَجَزَا: رُدَّا، فَإِنْ كَاتَبَهُمَا عَلَى أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ضَامِنٌ عَنِ الْآخَرِ: جَازَت الْكِتَابَةُ، وَأَيُّهُمَا أَدَّى: عَتَقَا، وَيَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِنِصْفِ مَا أَدَّى.

وَإِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَى مُكَاتَبَهُ: عَتَقَ بِعِتْقِهِ، وَسَقَطَ عَنْهُ مَالُ الْكِتَابَةِ.

قال: (**وَإِنْ كَاتَبَ عَبْدَيْهِ كِتَابَةً وَاحِدَةً بِأَلْفِ دِرْهَمٍ؛ فَإِنْ أَدَّيَا: عَتَقَا، وَإِنْ عَجَزَا: رُدَّا**) وفي (ز شق): كاتَبَ عبدَيه كتابةً واحدةً بألف درهمٍ جاز، معناه: إن أدَّيا عتَقا، وإن عجَزا رُدَّا.

---

(١) في (ج): «من الألف».

(٢) في هامش (ج): «وقال زفر رحمه الله: يسترد منه الفضل كما في البيع الفاسد. رضي الدين».

(٣) في (ج): «فأثنيت».

(٤) انظر: «الحاوي الكبير» (١٨/ ١٥٤).

قلتُ: وفيه إشارةٌ إلى أن هذا البيانَ[١] زيادةٌ على لفظِ «المختصر» وإنَّما يجوزُ؛ لأنَّه لو جمعَهما في عقدَين يجوزُ، فكذا في عقدٍ واحدٍ كالبيعِ والإجارة والنكاحِ، وإن أدَّى أحدُهما الألفَ: عتَقا، ولو أدَّى حصَّتَه: لا يعتِقُ، خِلافاً لزُفَرَ اعتباراً لمعنى القسمةِ، ولنا: أنَّه تعلَّقَ عَتقُهما بأداء الألفِ، والمعلَّقُ بالشرطِ عدمٌ قبلَ وجودِه.

قال: (**فَإِنْ كَاتَبَهُمَا عَلَى أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ضَامِنٌ عَنِ الآخَرِ: جَازَتِ الكِتَابَةُ**) وقال الشافعيُّ[٢]: لا يجوزُ؛ لأنَّه شرَطَ الكفالةَ بمالِ الكتابةِ، ولأنَّه جعَلَ المكاتَبَ كفيلاً، وإنه لا يجوزُ، ولنا: أنَّه يصيرُ كأنَّه كاتَبَ كلَّ واحدٍ منهما بألفٍ، وجعَلَ عتْقَ الآخرِ معه مشروطاً في كتابتِه، وإنه جائزٌ، كما لو كاتبَه بألفٍ على أنَّه إن أدَّاها يعتِقُ عبدُه الآخرُ معه، وأمَّا تضمُّنُها كفالةَ المكاتَبِ فإنما لا يجوزُ لتبرُّعِها ابتداءً، والكفالةُ هنا سعيٌ في استخلاص نفسِه عن الرقِّ لا تبرُّعٌ: فجازت.

قال: (**وَأَيُّهُمَا أَدَّى: عَتَقَا**) لوجودِ الشرطِ وحصُولِ البدلِ، فيثبُتُ المشروطُ ويسلَّمُ المبدَلُ[٣].

قال: (**وَيَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِنِصْفِ مَا أَدَّى**) لأنَّ الكفالةَ بأمرِه.

(**شق**): وقالوا: ولو أدَّى نصفَه أو أقلَّ يرجِعُ بنصفِ ذلك؛ لاتحادِ جهةِ لزومِ الكلِّ في حقِّ كلِّ واحدٍ منهما؛ وهي الكتابةُ، ويوقَفُ عتقُهما به كالكفِيلَين بمالٍ واحدٍ، بخلافِ المتفاوِضَين إذا افترقا، فإنه لا يرجِعُ إلا إذا زادَ على النصفِ؛ لاختلاف جهتَي الأصالةِ والكفالةِ.

---

(١) في (ج): «البيان».

(٢) انظر: «الشرح الكبير» (١٣/ ٥٢٦).

(٣) في (ج): «البدل».

(ط): ولو كاتَبَ عبدَيه كتابةً واحدةً، فعجَزَ أحدُهما، فردَّه المولى في الرقِّ أو القاضي، ولم يعلَمْ بكتابة الآخر: لم يصِحَّ، فإن غابَ هذا المردودُ جاء الآخَرُ ثم عجَزَ، فليس للقاضِي ردُّه في الرقِّ، ولو أنَّ رجلَين كاتَبا عبداً كتابةً واحدةً، ثمَّ غابَ أحدُهما وعجَزَ المكاتَبُ، لا يعجِّزُه القاضِي حتى يجتمِعَ المولَيان.

(جص): ولو كاتَبَ الحرُّ عن عبدٍ بألفٍ وأدَّاه: عتَقَ، ولو بلَغَ العبدُ قبلَ الأداء فقبِلَ صارَ مكاتَباً، ولو كاتَبَ العبدُ عن نفسِه وعن عبدٍ آخرَ لمولاه غائبٍ: جازَ، ومعناه أن يقولَ له: كاتِبْني بألف درهمٍ على نفسِي وعلى فلانٍ الغائبِ، ينفُذُ في حقِّ الشاهِدِ، ويتوقَّفُ في حقِّ الغائبِ قياساً لولايتِه على نفسِه دونَ غيرِه، وينفُذُ في حقِّهما استحساناً، وأيُّهما أدَّى عتَقا؛ لأنَّه جعَلَ نفسَه فيها أصلاً، والغائبَ تبعاً، وإنه مشروعٌ كالأمَةِ إذا كوتِبَت عن نفسِها وأولادِها الصِّغارِ: جاز، ويدخُلُ الأولادُ فيها تَبعاً، وأيُّهم أدَّى عتَقُوا، وليسَ عليهم من البدلِ شيءٌ، كذا هذا، وله أن يأخُذَ الحاضرَ بكلِّ البدلِ لنفاذِه عليه دونَ الغائبِ، وأيُّهما أدَّى لا يرجِعُ على صاحبِه بشيءٍ، أمَّا الحاضرُ فلكونِ البدلِ عليه، وأمَّا الغائبُ فكذلك، قبِلَ العقدَ أو لم يقبَلْ؛ لأنَّه انعقَدَ غيرَ موجبٍ للرجوع، فلا يتغيَّرُ، ولو أدَّى الغائبُ البدلَ يُجبرُ المولى على القَبولِ؛ لتعلُّقِ عتقِه وحقِّه به، كمُعيرِ الرهنِ إذا أدَّى الدَّينَ يُجبَرُ المرتهِنُ على القَبولِ.

قال: **(وَإِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَى مُكَاتَبَهُ: عَتَقَ بِعِتْقِهِ، وَسَقَطَ عَنْهُ مَالُ الْكِتَابَةِ)** لأنَّه مملوكُه، فتعلَّقَ بإعتاقِه، ويسقطُ[1] مالُ الكتابة لأنَّه استوفى المبدَلَ بالإعتاق: فلا يجِبُ بدلُه.

---

(١) في (ج): «وبسقوط».

وَإِذَا مَاتَ مَوْلَى الْمُكَاتَبِ: لَمْ تَنْفَسِخِ الْكِتَابَةُ، وَقِيلَ لَهُ: أَدِّ الْمَالَ إِلَى وَرَثَةِ الْمَوْلَى عَلَى نُجُومِهِ، فَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُ الْوَرَثَةِ: لَمْ يَنْفُذْ عِتْقُهُ، وَإِنْ أَعْتَقُوهُ جَمِيعًا: عَتَقَ اسْتِحْسَانًا، وَسَقَطَ عَنْهُ مَالُ الْكِتَابَةِ.

وَإِذَا كَاتَبَ الْمَوْلَى أُمَّ وَلَدِهِ: جَازَ، فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى: سَقَطَ عَنْهَا مَالُ الْكِتَابَةِ.

فَإِنْ وَلَدَتْ مُكَاتَبَتُهُ مِنْهُ: فَهِيَ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَتْ مَضَتْ عَلَى الْكِتَابَةِ، وَإِنْ شَاءَتْ عَجَّزَتْ نَفْسَهَا، وَصَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ.

قال: (وَإِذَا مَاتَ مَوْلَى الْمُكَاتَبِ: لَمْ تَنْفَسِخِ الْكِتَابَةُ) كسائر العقودِ، ومحافظةً على حقِّ المكاتَب.

قال: (وَقِيلَ لَهُ: أَدِّ الْمَالَ إِلَى وَرَثَةِ الْمَوْلَى عَلَى نُجُومِهِ) لأنَّها انعقدَت لاستحقاقِه الحريةَ على هذا الوجه، فلا يتغيَّر، لكنِ الورثةُ يخلُفونَ مولاه في الاستيفاء.

قال: (فَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُ الْوَرَثَةِ: لَمْ يَنْفُذْ عِتْقُهُ) وقال الشافعيُّ[1]: ينفُذُ؛ لأنَّ الوارثَ يملِكُ نصيبَه منه عنده، كالمعلَّق بدخولِ الدارِ، ولنا: أنَّ المكاتَبَ لا يُملَكُ بالإرثِ كسائر الأسبابِ، حتى لو زوج بنتَه من مكاتَبه ثم ماتَ: لا تنفسِخُ الكتابةُ؛ لأنَّ الكتابةَ تزيلُ يدَ المولى وتفيدُ حريةَ اليد، بخلاف سائر الشروط، وإذا لم يملِكْه لم يعتِقْ.

قال: (وَإِنْ أَعْتَقُوهُ جَمِيعًا: عَتَقَ استحسَاناً، وَسَقَطَ عَنْهُ مَالُ الْكِتَابَةِ) لأنَّه يصيرُ إبراءً عن بدَلِ الكتابةِ بطريقِ الكنايةِ؛ لأنَّ الإعتاقَ من لوازمِ إبراء الكلِّ أو أدائه، بخلافِ إبراءِ البعضِ أو أدائهِ.

قلت: وهذا حجَّةٌ لأبي حنيفةَ في مسألةِ تجزُّؤِ الإعتاق أنَّه يزولُ مِلكُ المعتِقِ عن

---

(١) انظر: «المجموع» (١٦/ ٢٣).

نصيبِه ولا يعتِقُ، كالمكاتَب إذا ماتَ مولاهُ: يزولُ مِلكُه ولا يملِكُه الورثةُ، ولا يعتِقُ إلا بالأداءِ أو الإبراءِ.

قلتُ: ولم يُذكَرْ أنَّه إذا عجَزَ بعدَ موتِ المولى هل يُردُّ المكاتَبُ في الرقِّ؟ وذكر في (ط)[1]: ولو مات المولى، وأراد بعضُ ورثتِه أن يُرَدَّ المكاتَبَ في الرقِّ قبل أن يجتمِعَ الكلُّ: فله ذلك، بخلافِ المولِيَين، قال: ولا يردُّه الوارثُ إلا بقضاءٍ، فثبَتَ أنَّه يُردُّ في الرقِّ، وفي «الزيادات»: أنَّه يُردُّ في الرقِّ بالعجزِ.

قال: (وَإِذَا كَاتَبَ المَوْلَى أُمَّ وَلَدِهِ: جَازَ) لبقاء رقِّها على ملكِه، فإن قلتَ: هذا تقويمُ أمِّ الولدِ، ولا قيمةَ لها، قلتُ: نعم، ولكن في العقودِ والبياعاتِ دونَ السِّعايةِ، ألَا ترى أنَّ أمَّ ولد النصرانيِّ إذا أسلمَتْ سعَتْ في قيمتِها؟

قال: (فَإِنْ مَاتَ المَوْلَى: سَقَطَ عَنْهَا مَالُ الكِتَابَةِ) لأنَّ استيجابَ مالِ الكتابةِ للعتقِ، وقد حصلَ ذلك بموتِ المولى.

قال: (فإِنْ وَلَدَتْ مُكَاتَبَتُهُ مِنْهُ: فَهِيَ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَتْ مَضَتْ عَلَى الْكِتَابَةِ، وَإِنْ شَاءَتْ عَجَّزَتْ نَفْسَهَا، وَصَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ) لأنه عرَضَ لها جهةُ[2] حريةٍ عاجلةٍ ببدلٍ، وآجلةٍ بغيرِ بدلٍ، فتخيَّرُ بينهما، ونسَبُ الولد وحريتُه ثابتٌ في الحالين؛ لأنَّ مالَه من الملكِ في المكاتَبِ يكفِي للإعتاقِ، فإن اختارتِ الكتابةَ أخذت عُقرَها؛ لأنَّها أحقُّ بمنافعِها، ثمَّ إذا ماتَ المولى سقطَ عنها مالُ الكتابةِ.

(هـ)[3]: وإن ماتت هي تؤدَّى مكاتبتُها من مالها، وما بقيَ لابنها، وإن لم تترك مالاً

---

(١) انظر: «المحيط البرهاني» (٤/ ١٠٦).

(٢) في (ج): «جهتا».

(٣) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٥٧).

فلا سِعايةَ على ابنها؛ لأنَّه حرٌّ، ولو ولدَتْ ولداً آخَرَ: لا يثبُتُ نسبُه إلا بدعوةِ المولى لحرمةِ وَطئها، ثمَّ إذا ماتت من غيرِ وفاءٍ يسعى الولدُ الثاني؛ لأنَّه مكاتَبٌ تَبعاً لها، ولو مات المولى بعدَه عتق وسقطَتْ عنه السِّعايةُ؛ لأنَّه في حُكمِ أمِّه، ولو كاتَبَ أمَّ ولدِه: جازَ لتعجيلِ العتقِ ويعتِقُ، ويسقُطُ البدلُ بموتِ السيِّدِ، ويسلَّمُ لها الأولادُ والأكسابُ.

وَإِذَا كَاتَبَ مُدَبَّرَتَهُ: جَازَ، فَإِنْ مَاتَ المَوْلَى وَلَا مَالَ لَهُ: كَانَتْ بِالخِيَارِ: بَيْنَ أَنْ تَسْعَى فِي ثُلُثَيْ قِيمَتِهَا، أَوْ فِي جَمِيعِ مَالِ الكِتَابَةِ.

وَإِنْ دبَّرَ مُكَاتَبَتَهُ: صَحَّ التَّدْبِيرُ، وَلَهَا الْخِيَارُ: إنْ شَاءَتْ مَضَتْ عَلَى الْكِتَابَةِ، وَإِنْ شَاءَتْ عَجَّزَتْ نَفْسَهَا، وَصَارَتْ مُدَبَّرَةً، فَإِنْ مَضَتْ عَلَى كِتَابَتِهَا، فَمَاتَ الْمَوْلَى، وَلَا مَالَ لَهُ: فَهِيَ بِالْخِيَارِ، إنْ شَاءَتْ سَعَتْ فِي ثُلُثَيْ قِيمَتِهَا أَوْ ثُلُثَيْ بَدَلِ الكِتَابَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: تَسْعَى فِي الأَقَلِّ مِنْهُمَا.

قال: (**وَإِذَا كَاتَبَ مُدبَّرَتَهُ**[1]: **جَازَ**) لأنَّ استحقاقَ ثبوتِ الحريةِ من وجهٍ: لا يمنعُ استحقاقَها من وجهٍ آخرَ، كتعليقِ الحرِّيةِ بالموتِ ثمَّ بأسبابٍ أُخَرَ.

قال: (**فَإِنْ مَاتَ المَوْلَى وَلَا مَالَ لَهُ: كَانَتْ بِالخِيَارِ: بَيْنَ أَنْ تَسْعَى فِي ثُلُثَيْ قِيمَتِهَا، أَوْ فِي جَمِيعِ مَالِ الكِتَابَةِ**) وهذا عندَ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسُفَ: تسعى في الأقلِّ من ثلُثَي القيمةِ وجميعِ[2] بدلِ الكتابةِ حتماً، وقال محمدٌ: تسعى في الأقلِّ من ثُلثَي القيمةِ وثلثي بدلِ الكتابةِ؛ لأنَّ عندَ أبي حنيفةَ: الإعتاقَ منجَّزٌ، والرقَّ باقٍ، وقد عرَضَ لها جهتا حريةٍ؛ معجَّلةٍ بالسِّعايةِ الحاليةِ بحكمِ التدبيرِ، ومؤجَّلةٍ بها على نجومِه بحُكمِ الكتابةِ، فتُخيَّرُ بينهما، وعندَهما: الإعتاقُ لا يتجزَّأُ فلمَّا عتَقَ ثلثُها بموتِ السيدِ بحُكمِ

---

(١) في (ص) و(ف): «مدبَّره».

(٢) في (ج): «وثلثي».

التدبيرِ صارت حرةً، فسقَطَ التَّخييرُ، ويجِبُ الأقلُّ، لكنَّ محمداً يقولُ: لَما سُلِّمَ لها ثلثُها بالتدبير، فيستحيلُ أن يجِبَ عليها بدلُ السالم، فيسقُطُ ثلُثُ البدل، كما إذا سُلِّمَ لها الكلُّ فيما إذا وَسِعَت في الثُّلثِ، حيثُ يسقُطُ كلُّ البدلِ، وصارَ كما إذا أخَّرَ التدبيرَ عن الكتابةِ، ولهما: أنَّ جميعَ البدَلِ مقابَلٌ بثُلثَي رقبتِها، وإن قوبِلَ بالكلِّ صورةً ضرورةَ سقوطِ ثلثِها بالتَّدبيرِ قبل الكتابةِ، وصارَ كما إذا طلَّقَ امرأتَه ثنتَين، ثم طلَّقَها ثلاثاً على ألفٍ، كانَ جميعُ الألفِ بمقابَلةِ الثالثةِ لدَلالةِ الإرادةِ، كذا هذا، بخلافِ ما إذا تأخَّرَ التدبيرُ لمُقابَلةِ البدلِ بالكلِّ صورةً ومعنًى.

قال: (**وَإِنْ دَبَّرَ مُكَاتَبَتَهُ: صَحَّ التَّدْبِيرُ**) لما بيَّنَّا.

قال: (**وَلَهَا الخِيَارُ: إِنْ شَاءَتْ مَضَتْ عَلَى الكِتَابَةِ، وَإِنْ شَاءَتْ عَجَّزَتْ نَفْسَهَا، وَصَارَتْ مُدَبَّرَةً**) لأنَّ الكتابةَ ليسَتْ بلازمةٍ.

قال: (**فَإِنْ مَضَتْ عَلَى كِتَابَتِهَا، فمَاتَ المَوْلَى، وَلَا مَالَ لَهُ: فَهِيَ بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَتْ سَعَتْ فِي ثُلُثَيْ قِيمَتِهَا أَو ثُلُثي بَدَلِ الكِتَابَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وقَالَا: تَسْعَى فِي الأَقَلِّ مِنْهُمَا**) وحُجَجُ الجانبَين والفرقُ بين المسألتَين ما قرَّرْناه.

وَإِذَا أَعْتَقَ الْمُكَاتَبُ عَبْدَهُ عَلَى مَالٍ: لَمْ يَجُزْ، وَإِنْ وَهَبَ عَلَى عِوَضٍ: لَمْ يَصِحَّ، وَإِنْ كَاتَبَ عَبْدَهُ: جَازَ اِسْتِحْسَانًا خِلَافًا لِزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ، فَإِنْ أَدَّى الثَّانِي قَبْلَ أَنْ يَعْتِقَ الْأَوَّلُ: فَوَلَاؤُهُ لِلْمَوْلَى، وَإِنْ أَدَّى بَعْدَ عِتْقِ الْمُكَاتَبِ الْأَوَّلِ: وَلَاؤُهُ لَهُ.

قال: (**وَإِذَا أَعْتَقَ الْمُكَاتَبُ عَبْدَهُ عَلَى مَالٍ: لَمْ يَجُزْ**) لأنَّ الإعتاقَ[1] تبرُّعٌ لزوالِ مِلكِه في الحالِ قبلَ حصُولِ المالِ بخلافِ الكتابةِ، ولهذا لم يملِكِ الأبُ والوصِيُّ إعتاقَ العبدِ الصَّغيرِ بمالٍ، ويملِكانِ الكتابةَ.

---

(١) في (ف) زيادة: «على مال».

قال: (وَإِنْ وَهَبَ عَلَى عِوَضٍ: لَمْ يَصِحَّ) لأنَّه تبرُّعٌ ابتداءً، وكذا لو باعَ نفسَه منه، أو زوَّجَ عبدَه، أو أقرضَ مالَه، ولو زوَّجَ أمتَه: جاز؛ لأنَّه كسبٌ.

قال: **(وَإِنْ كَاتَبَ عَبْدَهُ: جَازَ اِسْتِحْسَانًا خِلَافًا لِزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ**[١] لأنَّ العتقَ لم يحصُلْ فيه إلَّا بعد سلامةِ البدلِ على ما بينَّاه.

قال: (فَإِنْ أَدَّى الثَّانِي قَبْلَ أَنْ يَعْتِقَ الْأَوَّلُ: فَوَلَاؤُهُ لِلْمَوْلَى) لأنَّ الأولَ ليسَ من أهلِ الولاءِ.

قال: (وَإِنْ أَدَّى بَعْدَ عِتْقِ المكاتب الْأَوَّلِ: وَلَاؤُهُ لَهُ) لأنَّه صارَ من أهلِه كسائرِ الأحرارِ.

(ط)[٢]: ولو اشترى المكاتَبُ أمَةً، فحبِلَت[٣] في مِلكِه وولدَتْ، فادَّعى المولى ولدَ أمَةِ مكاتَبه: لا يصِحُّ إلا بتصديقِ المكاتَبِ، وعن أبي يوسُفَ أنَّه يصِحُّ، كدَعوةِ الأبِ ولدَ جاريةِ ابنِه، وأمَّا إذا جاءتْ به لأقلَّ من ستَّةِ أشهرٍ: لا يصِحُّ، ولا يثبُتُ النسبُ إلا بتصديقِ المكاتَبِ أيضاً، وإن صدَّقَه: ثبَتَ النسبُ، وكان الولدُ عبداً على حاله، وكذا لو اشترى غلاماً من السوقِ، فادَّعى المولى نسَبَه: يثبُتُ نسبُ الغلامِ بتصديقِه، ويكونُ عبداً للمُكاتَب بمالِه[٤]، ولو ادَّعى ولدَ مكاتَبَةَ مكاتَبِه، فعلى هذا التفصيلِ، لكنِ العبرةُ هنا لتصديقِ المكاتَبَةِ لا لتصديقِه، والله أعلم بالصوابِ.

❊ ❊ ❊

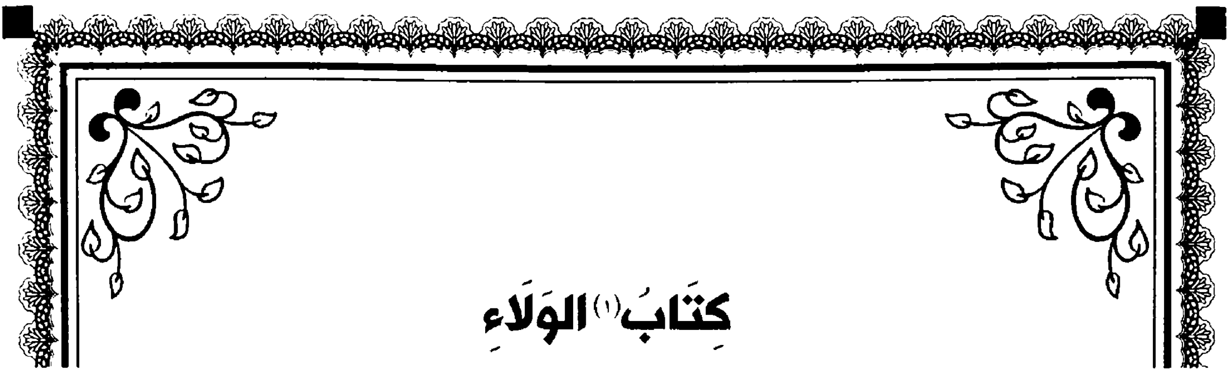
---

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (١٨/ ٥٥٢).

(٢) انظر: «المحيط البرهاني» (٩/ ٣٧٧).

(٣) في (ش): «فحملت».

(٤) في (ف) و(ص): «بحاله».



كِتَابُ[1] الوَلَاءِ

الولاءُ نوعان: ولاءُ عَتاقةٍ، وسببُه العِتقُ على مِلكِه، وولاءُ موالاةٍ، وسببُه العقدُ، والمعنى فيهما التَّناصرُ، وقد قرَّرَ النبيُّ عليه السَّلامُ تناصُرَ العربِ بهما فقال: «وإنَّ مَولى القومِ منهم وحليفُهم منهم»[2]. والمرادُ بالمولى المعتِقُ، وبالحليفِ مَولى الموالاةِ؛ لأنَّهم كانوا يؤكِّدونَ الموالاةَ بالحَلِفِ، والأوَّلُ أقوى، فبدأَ المصنِّفُ به.

إِذَا أَعْتَقَ المولَى مَمْلُوكَهُ: فَوَلَاؤُهُ لَهُ، وَكَذَلِكَ المَرْأَةُ تُعْتِقُ، فَإِنْ شَرَطَ أَنَّهُ سَائِبَةٌ: فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ، وَالْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ، وَإِذْ أَدَّى المُكَاتَبُ عَتَقَ، وَوَلَاؤُهُ لِلْمَوْلَى، وَإِنْ أُعْتِقَ بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْلَى.

وَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى: عَتَقَ مُدَبَّرُوهُ، وَأُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ، وَوَلَاؤُهُمْ لَهُ، وَمَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ: عَتَقَ عَلَيْهِ، وَوَلَاؤُهُ لَهُ.

قال: (**إِذَا أَعْتَقَ المَوْلَى مَمْلُوكَهُ: فَوَلَاؤُهُ لَهُ**) لقوله عليه السَّلامُ: «الولاءُ لمَن أعتَقَ»[3]، ولأنَّ التناصُرَ به، فيعقِلُه ويرِثُ منه؛ لأنَّ الغُرمَ بالغُنمِ.

---

(١) في (ج): «باب».

(٢) رواه أحمد في «مسنده» (١٨٩٩٢)، والحاكم في «المستدرك» (٣٢٦٦) من حديث رفاعة بن رافع رضي الله عنه. وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي.

قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٤٨): وروي من حديث أبي هريرة، وعمرو بن عوف، وعتبة بن غزوان. وروى البخاري (٦٧٦١) من حديث أنس رضي الله عنه بلفظ: «مولى القوم من أنفسهم».

(٣) رواه البخاري (٦٧٥١)، ومسلم (١٥٠٤)، وأبو داود (٣٩٢٩)، والترمذي (٢١٢٤)، والنسائي (٣٤٤٨)، وابن ماجه (٢٥٢١)، وأحمد في «مسنده» (٦٤١٥) من حديث عائشة رضي الله عنها.

قال: (وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ تُعْتِقُ) لما مرَّ، ولأنَّه ماتَ معتَقُ حمزةَ رضي الله عنه عن بنتٍ، فجعل النبيُّ عليه السَّلامُ الميراثَ بينهما نصفَين[1]، ويستوِي فيه الإعتاقُ بمالٍ وبغيرِ مالٍ، بفعلِه وبغيرِ فعلِه، كالإرثِ قصداً وضمناً.

قال: (فَإِنْ شَرَطَ أَنَّهُ سَائِبَةٌ: فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ، وَالْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ) لأنَّه شرطٌ يخالِفُ النصَّ. في «**المغرب**»: سابَ: جرى فذهبَ كلَّ مذهبٍ، والسائبةُ: كلُّ ناقةٍ كانت تُسَيَّبُ لنذرٍ، وعبد[2] سائبةٌ؛ أي: معتَقٌ لا ولاءَ بينهما. وعن ابن مسعودٍ رضي الله عنه: «السائبةُ يضعُ مالَه حيثُ[3] يشاءُ»[4]، هو الذي لا وارثَ له[5].

قلتُ: أن يعتِقَ عبدَه على أنْ لا ولاءَ، ورُوِيَ أنَّه عليه السلام قال في خطبتِه: «ما بالُ أقوامٍ يشترِطُونَ شروطاً ليسَتْ في كتابِ الله، وكتابُ الله أحقُّ، وشرطُ الله أوثقُ، والولاءُ لمَن أعتَقَ»[6].

قال: (وَإِذْ أَدَّى الْمُكَاتَبُ عَتَقَ، وَوَلَاؤُهُ لِلْمَوْلَى، وَإِنْ أُعْتِقَ بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْلَى) لأنَّ عتقَه حصَلَ من جهةِ المولى.

---

(١) رواه أبو حنيفة في «مسنده» كتاب الوصايا والفرائض رقم: (٤)، ومحمد في «الأصل» (٦/ ٣٥٨/ قطر)، وابن ماجه (٢٧٣٤)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٦٣٦٥)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (٣١٠٥٨) عن بنت حمزة: مات مولاي وترك ابنته، فقسم رسول الله ﷺ ماله بيني وبين ابنته، فجعل لي النصف، ولها النصف.

(٢) في (ف) و(ج): «وعبده».

(٣) في (ج): «كيف».

(٤) رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٣٣٥٦٩) (١٧/ ٣٥٥)، والدارمي في «مسنده» (٣١٥٩)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/ ٥٠٩).

(٥) انظر: «المغرب في ترتيب المعرب» (ص: ٢٤١).

(٦) رواه البخاري (٢٤٢١)، ومسلم (١٥٠٤) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(هـ)[1]: وكذا العبدُ الموصَى بعتقِه، أو بشرائِهِ وعتقِه بعدَ موتِهِ؛ لأنَّ فعلَ الوَصيِّ كفعلِه، والتركةَ على مِلكِه.

قال: (وإنْ مَاتَ المَوْلَى: عَتَقَ مُدَبَّرُوهُ، وَأُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ، وَوَلَاؤُهُمْ لَهُ) لأنَّه أعتقَهم بالتَّدبيرِ[2] والاستيلادِ.

قال: (وَمَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ: عَتَقَ عَلَيْهِ، وَوَلَاؤُهُ لَهُ) لما مرَّ في العتاقِ.

وَإِذَا تَزَوَّجَ عَبْدُ رَجُلٍ أَمَةً لِآخَرَ، فَأَعْتَقَ مَوْلَى الْأَمَةِ وَهِيَ حَامِلٌ مِنَ الْعَبْدِ: عَتَقَتْ، وَعَتَقَ حَمْلُهَا، وَوَلَاءُ الْحَمْلِ لِمَوْلَى الْأُمِّ، لَا يَنْتَقِلُ عَنْهُ أَبَدًا، فَإِنْ وَلَدَتْ بَعْدَ عِتْقِهَا لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ: فَوَلَاؤُهُ لِمَوْلَى الْأُمِّ.

فَإِنْ أُعْتِقَ الأَبُ: جَرَّ وَلَاءَ ابْنِهِ، وَانْتَقَلَ عَنْ مَوْلَى الْأُمِّ إِلَى مَوْلَى الْأَبِ.

وَمَنْ تَزَوَّجَ مِنَ الْعَجَمِ بِمُعْتَقَةٍ مِنَ الْعَرَبِ، فَوَلَدَتْ لَهُ أَوْلَادًا: فَوَلَاءُ وَلَدِهَا لِمَوَالِيهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

قال: (وَإِذَا تَزَوَّجَ عَبْدُ رَجُلٍ أَمَةً لِآخَرَ، فَأَعْتَقَ مَوْلَى الْأَمَةِ وَهِيَ حَامِلٌ مِنَ الْعَبْدِ: عَتَقَتْ، وَعَتَقَ حَمْلُهَا، وَوَلَاءُ الْحَمْلِ لِمَوْلَى الْأُمِّ، لَا يَنْتَقِلُ عَنْهُ أَبَدًا) لأنَّه عتَقَ على معتِقِ الأمِّ مقصوداً؛ لأنَّه جزءٌ منها حينئذٍ، فلا ينتقلُ عنه أبداً لما روَينا، وكذا إذا ولدَتْ لأقلَّ من ستةِ أشهرٍ، أو ولدت ولدَين أحدُهما لأقلَّ من ستةِ أشهرٍ؛ لأنَّهما توأمان يتعلَّقانِ بها، بخلافِ الحاملِ إذا والَتْ رجلاً والزوجُ والى غيرَه، حيثُ يكونُ ولاءُ الولد لمولى الأبِ؛ لأنَّ الجنينَ قابلٌ للعتقِ غيرُ قابلٍ للعقدِ.

قال: (فَإِنْ وَلَدَتْ بَعْدَ عِتْقِهَا لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ: فَوَلَاؤُهُ لِمَوْلَى الْأُمِّ) لأنَّه عتَقَ تَبعاً

---

(١) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٦٧).

(٢) في (ش) و(ف): «بالتقدير».

للأمِّ لاتِّصالِه[١] بها، وهي معتقَةٌ، ولا أهليةَ للأبِ الرقيقِ، فيتبَعُها في الولاءِ ضِمناً؛ لأنَّا لم نتيقَّنْ بقيامِهِ وقتَ الإعتاقِ حتى يعتِقَ مقصُوداً.

قال: (فإنْ أُعْتِقَ الأَبُ: جرَّ ولَاء ابنِهِ، وانتَقَل عَن مَولَى الأُمِّ إلَى مَولَى الأَبِ) لثبوتِ أهليَّةِ الأبِ وثبوتِ الولاءِ لمواليها تَبعاً، بخلافِ الأوَّل، وهذا لأنَّ الولاءَ بمنزلةِ النَّسبِ، قال عليه السَّلامُ: «الولاءُ لُحمَةٌ كلُحْمةِ النَّسبِ، لا يُباعُ ولا يوهَبُ ولا يورَثُ»[٢] ثمَّ النسبُ إلى الآباءِ، فكذا الولاءُ، وصارَ هذا كولدِ الملاعَنةِ، يُنسَبُ إلى قوم الأمِّ ضرورةً، فإذا أكذَبَ الملاعِنُ نفسَه يُنسَبُ إليه، كذا هذا، بخلافِ ما إذا أُعتِقَتِ المعتدَّةُ عن موتٍ أو طلاقٍ بائنٍ أو رجعيٍّ، فجاءت بولدٍ لأكثرَ من سنتَين من الموتِ أو الطَّلاقِ، حيثُ يكونُ الولدُ مولًى لمولى الأمِّ وإن أُعتقَ الأبُ؛ لتعذُّرِ إضافةِ العُلوقِ إلى ما بعدَ الموتِ لاستحَالتِه، والطَّلاقِ البائنُ لحرمَةِ الوَطءِ، والرجعيِّ للشَّكِّ، فأُسندَ إلى[٣] حالة النكاحِ، فكانَ الولدُ موجوداً عندَ الإعتاقِ، فعتَقَ مقصوداً.

(جص): ولو تزوجَتْ[٤] معتقةٌ بعبدٍ، فولَدَت أولاداً، فعقْلُهم على موالي الأمِّ تَبعاً لها؛ إذ لا مواليَ للأبِ، ولو أُعتِقَ الأبُ جرَّ ولاءَ الأولادِ إلى نفسِه، ولا يرجِعُ عاقلةُ الأمِّ على عاقلةِ الأبِّ بما عقَلُوا؛ لثبوتِ الولاءِ لهم مقصُوداً على عتقِ الأبِ، بخلافِ ولدِ الملَاعَنة؛ لأنَّه يستنِدُ ثمةَ إلى حالِ العُلوقِ.

---

(١) في (ج): «لاتصالها».

(٢) رواه ابن حبان في «صحيحه» (٤٩٥٠)، والطبراني في «المعجم الأوسط» (١٣١٨)، والحاكم في «المستدرك» (٧٩٩٠) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما. وصحح الحاكم إسناده، وانظر: «نصب الراية» (٤/ ١٥١).

(٣) في (ش): «حاله».

(٤) في (ج): «تزوج».

قال: (**وَمَنْ تَزَوَّجَ مِن الْعَجَمِ بِمُعْتَقَةٍ مِن العَرَبِ**[١]**، فَوَلَدَتْ لَهُ أَوْلَادًا: فَوَلَاءُ وَلَدِهَا لِمَوَالِيهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ**) وهو قولُ محمدٍ، وقال أبو يوسُفَ: حُكمُه حكمُ أبيه؛ لأنَّ النسبَ بالأبِ، كما إذا كانَ عربياً، ولهما: أنَّ ولاءَ العتاقةِ قويٌّ معتبَرٌ في حقِّ الأحكامِ حتى يُعتبَرَ من الكفَاءةِ فيه، والنَّسبُ في حقِّ العجَمِ ضعيفٌ؛ لأنهم ضيَّعُوا أنسَابَهم حتى لم تُعتبَرِ الكفاءةُ فيما بينهم بالنَّسبِ، والقويُّ لا يعارِضُ الضَّعيفَ، بخلافِ ما إذا كانَ عربيًّا؛ لأنَّ أنسابَ العربِ قويَّةٌ معتبَرةٌ في حُكمِ الكفَاءةِ والعقلِ لما أنَّ تناصُرَهم بها فأغنَتْ عن الولاءِ.

(هـ)[٢]: والخلافُ في مطلَقِ المعتَقة، والوضعُ في معتَقةِ العربِ وقعَ اتفاقاً.

(هـ)[٣]: وعلى هذا الخلافِ إذا كانَ للأبِ ولاءُ موالاةٍ؛ لأنَّه أضعفُ مِن ولاء العِتاقَةِ، ولو كانَ الأبوانِ معتقَين فالنسبةُ إلى الأبِ.

---

(١) في هامش (ش): «المعتَقةُ إن تزوَّجت عربياً فالولدُ ينسَبُ إلى مولى الأبِ، ولا ولاءَ عليه؛ لأنَّ شرَفَ العربِ فوقَ شرفِ ولاءِ العتاقة وأنفعُ له، وإن تزوَّجت مولى الموالاة فهو مولًى لمولى أمِّه عندهما؛ لأن ولاءَ العتاقةِ أقوى وآكدُ من ولاءِ الموالاة؛ لأنَّ ولاءَ العتاقةِ لا يحتمِلُ الفسخَ، وولاءَ المولاةِ يحتمِلُ، وقال أبو يوسُفَ: لمولى الأبِ وإن كان عجميًّا حرًّا له آباءٌ في الإسلامِ، فولاءُ الولد لمولى الأب بالإجماعِ، وهو الأصَحُّ؛ لأنَّ شرفَ إسلامِ الأبِ فوق شرَفِ ولاء العتاقة، وقيل: ولاؤه لمولى الأمِّ عندهما، وكذلك إن كانت الأمُّ حرةً والأب معتَقاً، فلا ولاءَ على الولد، كذا في وجيز المحيط».

(٢) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٦٩).

(٣) انظر المصدر السابق.

وَوَلَاءُ الْعَتَاقَةِ: لِعَصَبَتِهِ، فَإِنْ كَانَ لِلْمُعْتَقِ عَصَبَةٌ مِن النَّسَبِ: فَهُو أَوْلَى مِنْهُ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ عَصَبَةٌ مِنْ النَّسَبِ: فَمِيرَاثُهُ لِلْمُعْتِقِ، فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى، ثُمَّ مَاتَ الْمُعْتَقُ: فَمِيرَاثُهُ لِبَنِي الْمَوْلَى، دُونَ بَنَاتِهِ.

وَلَيْسَ لِلنِّسَاءِ مِن الْوَلَاءِ إِلَّا مَا أَعْتَقْنَ، أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ، أَوْ كَاتَبْنَ، أَوْ كَاتَبَ مَنْ كَاتَبْنَ. وَلَوْ تَرَكَ الْمَوْلَى ابْنًا وَأَوْلَادَ ابْنٍ آخَرَ: فَمِيرَاثُهُ لِلابْنِ دُونَ بَنِي الِابْنِ، وَالْوَلَاءُ لِلْكَبِيرِ.

وَإِنْ أَسْلَمَ رَجُلٌ عَلَى يَدِ رَجُلٍ وَوَالَاهُ عَلَى أَنْ يَرِثَهُ، وَيَعْقِلَ عَنْهُ، أَوْ أَسْلَمَ عَلَى يَدِ غَيْرِهِ، وَوَالَاهُ: فَالْوَلَاءُ صَحِيحٌ، وَعَقْلُهُ عَلَى مَوْلَاهُ.

فَإِنْ مَاتَ وَلَا وَارِثَ لَهُ: فَمِيرَاثُهُ لِلْمَوْلَى، وَإِنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ: فَهُوَ أَوْلَى مِنْهُ، وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَنْتَقِلَ عَنْهُ بِوَلَائِهِ إِلَى غَيْرِهِ مَا لَمْ يَعْقِلْ عَنْهُ، وَإِذَا عَقَلَ عَنْهُ: لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَتَحَوَّلَ بِوَلَائِهِ، وَلَيْسَ لِمَوْلَى الْعَتَاقَةِ أَنْ يُوَالِيَ أَحَدًا.

قال: (وَوَلَاءُ الْعَتَاقَةِ: لِعَصَبَتِهِ) وفي بعض النُّسَخ: «تعصيبٌ» لقوله عليه السَّلامُ: «الولاءُ لُحمَةٌ كلُحمةِ النسب»(١) أي: وُصلةٌ، وتُقدَّمُ على ذوي الأرحامِ، هكذا رُوِيَ عن عليٍّ رضي الله عنه(٢)، ولأنَّه عصَبةٌ لقوله عليه السَّلامُ للذي اشترى عبداً وأعتَقَه: «هو أخوكَ ومولاكَ، إن شكَرَكَ فهو خيرٌ له وشرٌّ لك، وإن كفَرَكَ فهو شرٌّ له وخيرٌ لك، وإنْ ماتَ ولم يترُكْ وارثاً كنتَ أنتَ عصَبتَه»(٣)، والعصَبةُ مقدَّمٌ على ذوِي الأرحامِ.

---

(١) تقدم تخريجه قريباً.

(٢) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٥٤): غريب عن علي. وروى عنه عبد الرزاق في «مصنفه» (٨/ ٢٣١) تقديم ذوي الأرحام.

(٣) رواه محمد في «الأصل» (٥/ ٦٤/ قطر)، والدارمي في «مسنده» (٣٠٥٥) عن الحسن مرسلًا.

قال: (فَإِنْ كَانَ لِلْمُعْتَقِ عَصَبَةٌ مِن النَّسَبِ: فَهو أَوْلَى مِنْهُ) لأنَّ المعتِقَ آخِرُ العَصَباتِ؛ لقوله عليه السَّلامُ فيما روينا من الحديثِ: «وإنْ لم يترُكْ وارثاً كنتَ أنتَ عصبتَه»، ولأنَّ النسبَ أقوى من السببِ.

قال: (فإن لَمْ تَكُنْ لَهُ عَصَبَةٌ مِنْ النَّسَبِ: فَمِيرَاثُهُ لِلْمُعْتِقِ) قلتُ: ومعناه: إذا لم يكُنْ له صاحبُ فَرضٍ، وإن كان فالفاضلُ من فرْضِه؛ لِما روَينا من الحديث.

قال: (فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى، ثُمَّ مَاتَ الْمُعْتَقُ: فَمِيرَاثُهُ لِبَنِي الْمَوْلَى، دُونَ بَنَاتِهِ، وَلَيْسَ لِلنِّسَاءِ مِن الْوَلَاءِ إِلَّا مَا أَعْتَقْنَ، أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ أَوْ كَاتَبْنَ، أَوْ كَاتَبَ مَنْ كَاتَبْنَ) بهذا اللفظِ وردَ الحديثُ عن النبيِّ عليه السَّلامُ.

قال: (ولَو تَرَكَ المَوْلَى ابْنًا وَأَوْلَادَ ابْنٍ آخَرَ: فَمِيرَاثُه لِلابْنِ دُونَ بَنِي الِابْنِ، وَالوَلَاءُ للكَبِيرِ) كذا رويَ عن عمرَ وعليٍّ وابنِ مسعودٍ وزيدِ بنِ ثابتٍ وأبيِّ بنِ كعبٍ وأبي مسعودٍ الأنصاريِّ وأسامةَ بنِ زيدٍ رضي الله عنهم[1].

قال: (وإن أَسْلَمَ رَجُلٌ عَلَى يَدِ رَجُلٍ وَوَالَاهُ عَلَى أَنْ يَرِثَهُ، وَيَعْقِلَ عَنْهُ، أَوْ أَسْلَمَ عَلَى يَدِ غَيْرِهِ وَوَالَاهُ: فَالْوَلَاءُ صَحِيحٌ، وَعَقْلُهُ عَلَى مَوْلَاهُ، فَإِنْ مَاتَ وَلَا وَارِثَ لَهُ: فَمِيرَاثُهُ لِلْمَوْلَى) وقال الشافعيُّ[2]: الموالاةُ ليست بشيءٍ؛ لأنَّ فيها إبطالَ حقِّ بيتِ المالِ، وكذا الوصيَّةُ بجميعِ المالِ عندَه لهذا، ولنا قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَـَٔاتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾ [النساء: ٣٣]: نزلَتِ الآيةُ في الموالاة[3]، وسُئلَ عليه

(١) انظرها في «الأصل» لمحمد بن الحسن (٦/ ٣٥٣)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (١٧/ ٣٨٤)، و«مصنف عبد الرزاق» (٨/ ٢٤٠).

(٢) انظر: «بحر المذهب» (٧/ ٣٨٧).

(٣) انظر: «أحكام القرآن» للجصاص (٢/ ٢٣٢).

السَّلامُ عن رجلٍ أسلمَ على يدِ[1] آخرَ ووالاه، فقال له: «هو أحقُّ الناسِ به محياه ومماتَه»[2]، وفيه إشارةٌ إلى العقلِ والإرثِ في هاتَين الحالتَين، ولأنَّ مالَه كسْبُه، فكان أحقَّ بصرفِه إلى حيثُ شاء بالنصِّ.

(شق): قالوا: وإنما تصِحُّ الموالاةُ بشرائطَ: أحدُها: أن يكونَ الموالي من غيرِ العربِ؛ لأنَّ تناصُرَ العرب بالقبائلِ أقوى، والثاني: أن لا يكونَ عتيقاً؛ لأنَّ ولاءَ العتقِ أقوى، والثالثُ: أن لا يكونَ عقَلَ عنه غيرُه؛ لتأكُّدِ ذلك، والرابعُ: أن يُشترَطَ العقلُ والإرثُ.

قال: (**وَلِلْمَوْلَى**[3] **أَنْ يَنْتَقِلَ عَنْهُ بِوَلَائِهِ إِلَى غَيْرِهِ مَا لَمْ يَعْقِلْ عَنْهُ**) لأنَّه غيرُ لازمٍ كالوصيَّةِ حتى يتأكَّدَ بالعقْلِ عنه، وكذا للأعلى أن يتبرَّأَ منه لكن بمحضَرٍ من الأوَّل كعزلِ الوكيلِ، بخلافِ الأسفلِ إذا عقَدَ مع غيرِه بغيرِ محضَرٍ من الأوَّلِ، حيثُ يصِحُّ؛ لأنَّه فسخٌ حُكمِيٌّ.

قال: (**وإِذَا عَقَلَ عَنْهُ: لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَتَحَوَّلَ بِوَلَائِهِ**) لتعلُّقِ حقِّ الغيرِ به، وكذا لا يتحوَّلُ ولدُه، وكذا إذا عقَلَ عن ولدِه: لم يكُنْ لكلِّ واحدٍ منهما أن يتحوَّلَ.

قال: (**وَلَيْسَ لِمَوْلَى العَتَاقَةِ أَنْ يُوَالِيَ أَحَدًا**) لأنَّه لازمٌ، والله أعلم.

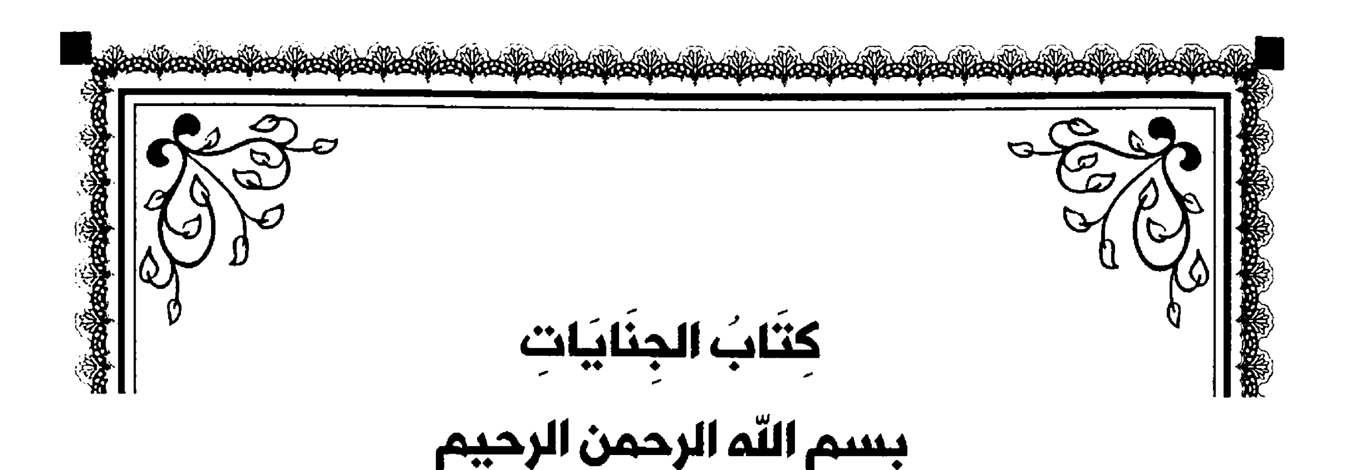
* * *

---

(١) في (ف) زيادة: «رجل».

(٢) رواه أبو داود (٢٩١٨)، والترمذي (٢١١٢)، ومحمد في «الأصل» (٦/ ٣٧٢ قطر)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (٣٣٧٣١)، وأحمد في «مسنده» (١٦٩٤٤)، والدارقطني في «سننه» (٤٣٨٥) من حديث تميم الداري رضي الله عنه.

(٣) في (ج): «وللموالي».



كِتَابُ الجِنَايَاتِ

بسم الله الرحمن الرحيم

القَتْلُ عَلَى خَمْسَةِ أَوْجُهٍ: عَمْدٍ، وَشِبْهِ عَمْدٍ، وَخَطَأٍ، وَمَا أُجْرِيَ مَجْرَى الخَطَأِ، وَالْقَتْلِ بِسَبَبٍ.

فَالْعَمْدُ: مَا تَعَمَّدَ ضَرْبَهُ بِسِلَاحٍ، أَوْ مَا أُجْرِيَ مُجْرَى السِّلَاحِ فِي تَفْرِيقِ الأَجْزَاءِ، كَالْمُحدَّدِ مِن الْخَشَبِ، وَالْحَجَرِ، وَالنَّارِ.

وَمُوجَبُ ذَلِكَ: الْمَأْثَمُ، وَالْقَوَدُ إِلَّا أَنْ يَعْفُوَ الْأَوْلِيَاءُ وَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ.

اعلمْ أنَّ مَلاكَ الولايةِ الدينيَّة والدُّنيويَّة والرَّبانيَّة الإحسانُ والعدلُ والسياسيةُ، فإنَّ الإحسانَ يستعبِدُ الإنسانَ ويرفعُ التباغُضَ والعدوان، وبالسياسةِ تَشمئزُّ نفوسُ الطغاةِ والسُّفهاء، وتطمئنُّ قلوبُ الهداةِ والصُّلَحاءِ، وبالعدلِ يستقيمُ المُلك والممالك، وتُستدفَعُ به الأخطارُ والمهالكُ، ولهذا كانَ لنا في القِصَاصِ حياةٌ، وفي إهمالِه مضيَعةٌ ومماتٌ، وكُتبَ علينا القِصاصُ في القتلى عندَ إمكانِ الممَاثلةِ، وهي الطريقةُ المثلى، فكانَ شرعُ أحكامِ الجنايات من القِصَاصِ والضَّمانِ والأروشِ والدِّياتِ من معظَمِ معاقدِ الأمورِ الدينيَّات، فأتبَعَها المصنِّفُ العباداتِ والمعامَلات، ولمَّا كان قتلُ النفوسِ المعصُومةِ من بينِها أعظمَ الكبائرِ، وأخبثَ جرائمِ المكلَّفين والحرائر، ابتدَأ المصنِّفُ به فيه بتنويعِه وترتيبِه و تنقيحِ مُوجبِ كلِّ نوعٍ منه وتهذيبِه.

فقال: (**الْقَتْلُ عَلَى خَمْسَةِ أَوْجُهٍ: عَمْدٍ، وَشِبْهِ عَمْدٍ، وَخَطَأٍ، وَمَا أُجْرِيَ مَجْرَى الْخَطَأِ، وَالْقَتْلِ بِسَبَبٍ.**

فَالْعَمْدُ: مَا تَعَمَّدَ ضَرْبَهُ بِسِلَاحٍ، أَوْ مَا أُجْرِيَ مُجْرَى السِّلَاحِ فِي تَفْرِيقِ الْأَجْزَاءِ، كَالْمُحدَّدِ مِن الْخَشَبِ، وَالْحَجَرِ، وَالنَّارِ) وكذا ليطةُ القصَبِ؛ لأنَّ العمْدَ هو القصدُ، ولا توقُّفَ على القصدِ إلَّا بدليلِه، ودليلُه استعمالُ القاتلِ آلتَه، فأُقيمَ الدليلُ مَقامَ مدلولِهِ؛ لأنَّ الدلائلَ تُقامُ مَقامَ مدلولاتِها في المعارفِ الظنيَّةِ الشَّرعيَّة.

قال: **(وَمُوجَبُ ذَلِكَ: الْمَأْثَمُ، وَالْقَوَدُ إِلَّا أَنْ يَعْفُوَ الأَوْلِيَاءُ)** قلتُ: معناه: وموجبُ القتلِ العمدِ إذا كان جنايةً ـ بشرائطِه التي تُذكَرُ من بعدُ ـ المأثَمُ والقوَدُ، وذلك من حيثُ الكتابُ والسُّنةُ والإجماعُ، أمَّا في المأثمِ فقوله تعالى: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَٰلِدًا فِيهَا ...﴾ [النساء: ٩٣] الآيَةَ، ورويَ عن النبيِّ عليه السَّلامُ أنه قال: «إنَّ أعتى النَّاسِ على اللهِ رجلٌ قتَلَ غيرَ قاتِلِه»[١]، وقال عليه السلام: «الآدميُّ بنيانُ الربِّ، ملعونٌ مَن هدَمَ بنيانَ الربِّ»[٢].

وأمَّا الإجماعُ: فقد أجمعَتِ الأمةُ على أنَّه من الكبائرِ المنصُوصِ عليها، والأحاديثُ الواردةُ فيه أكثرُ من أن تُعدَّ، وأمَّا في القوَدِ فقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى﴾ [البقرة: ١٧٨]، وقولُه: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ...﴾ [المائدة: ٤٥] الآيَةَ، وقوله: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ﴾ [الإسراء: ٣٣]، وعن النبيِّ عليه السَّلامُ أنَّه قال: «العمدُ قوَدٌ»[٣] أي: موجبُه أو حكمُه.

---

(١) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (٩١٨٨)، وأحمد في «مسنده» (١٦٣٧٦)، والأزرقي في «أخبار مكة» (٢/ ١٢٤)، وابن حبان في «صحيحه» (٥٩٩٦). من حديث أبي شريح الخزاعي رضي الله عنه.

(٢) قال المناوي في «التيسير بشرح الجامع الصغير» (٢/ ٤٣٥): لم أقف له على طريق.

ذكر نحوه ابن قتيبة في «غريب الحديث» (٣/ ٧٦٤) عن سليمان النبي عليه السلام.

(٣) رواه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٢٧٧٦٦)، والدارقطني في «سننه» (٣١٣٦) من حديث ابن عباس رضي الله عنه. ورواه أبو داود (٤٥٤٠)، والنسائي (٤٧٩٠)، وابن ماجه (٢٦٣٥) عنه بلفظ: «ومن قتل عمداً فهو قَوَد».

وأمَّا الإجماعُ فظاهرٌ، ولأنَّه فوَّتَ النفسَ، فالعدلُ هو المجازاةُ بمثلِه إلَّا أن يعفوَ الأولياءُ أو يصَالِحُوا؛ لأنَّ الحقَّ لهم، ثم القوَدُ هو الموجِبُ عيناً، وهو أحدُ أقوال الشافعيِّ[١]، إلا أنَّه ليس للوليِّ أخذُ الدِّيةِ إلا برضا القاتلِ عندنا، وعنده[٢]: له ولايةُ العُدولِ من القوَدِ إلى الديةِ بغيرِ رضاه؛ لتعيُّنِه مدفَعاً للهلاك، وفي قولٍ: الواجبُ أحدُهما غيرَ عينٍ، ويتعيَّنُ باختيارِه لقولِه عليه السَّلامُ في حديثِ بني خُزاعةَ: «فمَنْ قتَلَ بعده قتيلاً، فأهلُه بين خيرتَين؛ إن أحبُّوا قبِلُوا، وإن أحبُّوا أخذوا الدِّيةَ»[٣] ورُويَ: «العقل»، ورُويَ: «قادوا».

ولنا: ما تلَونا من الكتابِ ورَوينا من الأحاديثِ، ولأنَّه لا معادَلةَ بين المالِ والنفسِ إلَّا بالضَّرورةِ[٤]، ولأنَّه تفوتُ مصلحةُ استيفاءِ الحياةِ في القِصاصِ على العمومِ، وأمَّا الحديثُ فالعقلُ والمفاداةُ لا يكونُ إلا بالتراضِي، وكذا الديةُ؛ لأنَّ الدِّيةَ ما يؤدَّى، أمَّا الأخذُ بدونِ رضاه وأدائه فذاكَ غصبٌ لا ديةٌ، فيكون الحديثُ محمولاً على الأخذِ برضا القاتلِ.

قال: (**وَلَا كَفَّارَةَ عَلَيه**) خلافاً للشافعيِّ[٥]؛ لأنَّ العمدَ أقبحُ، فكانَ أدعَى إلى الكفَّارة، ولنا: أنَّه كبيرةٌ محضةٌ، وفي الكفَّارةِ معنى العبادَةِ، فلا يُناطُ بها، ولأنَّها من المقاديرِ،

---

(١) انظر: «مغني المحتاج» (٥/ ٢٨٧).

(٢) انظر: «الشرح الكبير» (١٠/ ٢٩٠).

(٣) رواه أبو داود (٤٥٠٤)، والترمذي (١٤٠٦)، وأحمد في «مسنده» (٢٧١٦٠)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤٩٩٢) من حديث أبي شريح الكعبي رضي الله عنه وفيه: «فمن قتل له بعد مقالتي هذه قتيل، فأهله بين خيرتين: أن يأخذوا العقل، أو يقتلوا».

قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

(٤) في (ش) و(ف): «الضرورة».

(٥) انظر: «مغني المحتاج» (٥/ ٣٧٤).

فلا يتعدَّى موردَ النصِّ، ومن حُكمِه حرمانُ الإرثِ[١]، لقوله عليه السلام: «لا ميراثَ للقاتِلِ»[٢].

(ط ص): العمدُ: أن يتعمَّدَ قتْلَ مَن لا يحِلُّ قتلُه بالحديدِ، سواءٌ كانَ سلاحاً كالسَّيفِ والسكِّينِ والرمحِ، أو لم يكُنْ كالإبرةِ والإشفَى[٣]، بضعه[٤] أو لا كالعمُودِ وسَنَجاتِ الميزانِ، لقوله عليه السَّلامُ: «لا قوَدَ إلا بالحديد»[٥] فدلَّ على أن العبرةَ في هذا البابِ للحديدِ.

(م): عن أبي يوسُفَ: قتَلَه بإبرةٍ أو بما يشبِهُها: لا قوَدَ عليه، وفي المسلَّةِ: القوَدُ.

(شس): الإبرةُ إذا أصابت المقتَلَ ففيه القوَدُ، وإلَّا: فلا، وعن أبي حنيفةَ: قتلَه بعمودٍ أو سَنْجةِ حديدٍ لا حدَّ له: فليسَ بعمدٍ، بل خطأُ عمدٍ، وعندهما: إذا كان الغالبُ منه الهلاكَ فعمْدٌ محضٌ، وإلا: فخطأٌ عمْدٌ وفيه القوَدُ، وحُكمُ ما كان من جنسِ الحديدِ

---

(١) في (ش) و(ف): «الميراث».

(٢) رواه الترمذي (٢٢٤٢)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٦٣٣٥)، وابن ماجه (٢٦٤٥)، والدارقطني في «سننه» (٤١٤٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، بلفظ: «القاتل لا يرث».

(٣) الإِشْفَى: ما كان للأساقي والقرب والمزاد وأشباهها. «إصلاح المنطق» (ص: ٢٦٦).

وفي «تفسير غريب ما في الصحيحين البخاري ومسلم» للحميدي (ص١٥٠): الإشفى: حديدة محددة الطرف من آلة الخرز.

(٤) أي: وسواء كان له حِدَّة تبضع بضعًا، أو ليس له حدة.

(٥) رواه ابن ماجه (٢٦٦٨)، والبزار في «مسنده» (٣٦٦٣) من حديث الحسن، عن أبي بكرة رضي الله عنه، قال البزار: هذا الحديث لا نعلم أحداً أسنده بأحسن من هذا الإسناد عن رسول الله ﷺ، ولا نعلم أحداً قال عن أبي بكرة إلا الحر بن مالك ولم يكن به بأس وأحسبه أخطأ في هذا الحديث؛ لأن الناس يروونه عن الحسن مرسلاً.

وللحديث طرق أخرى من حديث النعمان بن بشير، وابن مسعود، وأبي هريرة، وعلي، انظرها في: «نصب الراية» (٤/ ٣٤١).

كالصُّفرِ والرَّصاصِ والذَّهبِ والفضَّةِ والنحاسِ والآنكِ حكمُ الحديد على ما مرَّ، وإن طعنَه برُمحٍ لا سِنانَ له، أو رماه بسهمٍ لا نصْلَ له، فجرَحَه: ففيه القوَدُ.

(م): عن محمدٍ: قصَدَ قطْعَ يدِه، فأخطأ فأبانَ رأسَه: فهو عمْدٌ وفيه القوَدُ، ولو أصابَ رأسَ غيرِه فأبانَه: فخطأٌ، وكلَّما قصَدَ بالضَّربِ عُضواً من إنسانٍ، فأصابَ منه غيرَه: فهو عمْدٌ، وإن أصابَ من غيرِه: فخطأٌ.

قلت: وبهذا تبيَّنَ أنَّ قصدَ القتلِ ليس بشرطٍ لكونِه عمداً.

وَشِبْهُ الْعَمْدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنْ يَتَعَمَّدَ الضَّرْبَ بِمَا لَيْسَ بِسِلَاحٍ، وَلَا مَا أُجْرِيَ مَجْرَى السِّلَاحِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّد: إِذَا ضَرَبَهُ بِحَجَرٍ عَظِيمٍ أَوْ خَشَبَةٍ عَظِيْمَةٍ: فَهُوَ عَمْدٌ، وَشِبْهُ الْعَمْدِ عِنْدَهُمَا: أَنْ يَتَعَمَّدَ ضَرْبَهُ بِمَا لَا يُقْتَلُ به غَالِبًا.

وَمُوجَبُ ذَلِكَ عَلَى الْقَوْلَيْنِ: الْمَأْثَمُ، وَالْكَفَّارَةُ، وَلَا قَوَدَ فِيهِ، وَفِيهِ الدِّيَةُ الْمُغَلَّظَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ.

قال: (**وَشِبْهُ الْعَمْدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنْ يَتَعَمَّدَ الضَّرْبَ بِمَا لَيْسَ بِسِلَاحٍ، وَلَا مَا أُجْرِيَ مَجْرَى السِّلَاحِ، وَقَالَ أَبُو يَوسُفَ وَمُحَمَّد: إِذَا ضَرَبَهُ بِحَجَرٍ عَظِيمٍ أَوْ خَشَبَةٍ عَظِيمَةٍ: فَهُوَ عَمْدٌ**، وشِبهُ العَمدِ: **أَنْ يَتَعَمَّدَ ضَرْبَهُ بِمَا لَا يُقْتَلُ به غَالِبًا**) وبه الشافعيُّ[1]؛ لأنَّ معنى العمْديةِ يتقاصَرُ بآلةٍ لا يُقتَلُ بها غالباً؛ لأنَّه يقصَدُ به التأديبُ، وإنه يتكامَلُ بآلةٍ يُقتلُ بها غالباً ولا تلبثُ، فكان عمداً مُوجِباً للقوَدِ، وله قوله عليه السَّلامُ: «ألا إنَّ قتيلَ خطأِ العمْدِ قتيلُ السَّوطِ والعصا، وفيه مِائةٌ من الإبلِ»[2]، ولأنَّ الآلةَ لمَّا لم تكُنْ موضُوعةً

---

(١) انظر: «روضة الطالبين» (٩/ ١٢٤).

(٢) رواه أبو داود (٤٥٤٨)، والنسائي (٤٧٩١)، وابن ماجه (٢٦٢٧)، وابن حبان في «صحيحه» (٦٠١١)، والدارقطني في «سننه» (٣١٧٠)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٦٠٠٠) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنه.

للقتلِ ولا مستعمَلةً فيه؛ لأنَّه يتعذَّرُ استعمالُها على غيرِه ممن يقصَدُ قتلُه، فقصُرتِ العمْديَّةُ نظراً إلى الآلة، فكانَ شبيهَ عمدٍ كالسَّوط والعصا.

(ط شب): وشبهُ العمدِ عنده: أنْ يتعمَّدَ الضربَ بما ليسَ بسلاحٍ ولا في معناه، ويكون قصدُه الضربَ والتأديبَ دونَ الإتلافِ.

قلت: فشرَطَ فيه أن يقصدَ التأديبَ دونَ الإتلافِ، ثم قال: سواءٌ كان الإتلافُ منه غالباً أو لم يكُنْ، والى في الضرَباتِ أو لم يُوالِ، وعندهما: أن يتعمَّدَ بما كان الإتلافُ منه غالباً فعمْدٌ محضٌ، وإلا[1] كالسَّوطِ الصغير والعصا الصغيرةِ، فإن لم يوالِ في الضرباتِ فشِبهُ العمدِ، وإنْ والى ففيه اختلافُ المشايخِ على قولهما.

(قـد): ضربَـه بيـدِه أو بنعلِـه أو بشـيءٍ لا يقصـدُ بـه القتـلَ فمـات، قال أسـدُ بنُ عمـرٍو: هـو شـبهُ العمـدِ، وقال الحسـن: هو خطـأٌ، إنما يكونُ شـبهَ عمـدٍ إذا والى في الضَّرباتِ.

قال: (وَمُوجَبُ ذَلِكَ عَلَى الْقَوْلَيْنِ: الْمَأْثَمُ، وَالْكَفَّارَةُ، وَلَا قَوَدَ فِيهِ، وَفِيهِ الدِّيَةُ الْمُغَلَّظَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ) أمَّا المأثَمُ فلأنَّه قصدَ الضربَ، والشُّبهةُ في الآلةِ لا في الفعلِ، وأمَّا الكفَّارةُ فلشبهِه بالخطأ، ولا قوَدَ فيه لما روَينا، وقال الشافعيُّ[2]: إذا والى في الضَّربِ بسَوطٍ صغيرٍ يجبُ القوَدُ لقصدِه القتلَ، والحُجَّةُ عليه ما مرَّ، وأمَّا الديةُ المغلَّظةُ على العاقلةِ فلأنَّ كلَّ ديةٍ وجبَتْ بالقتلِ ابتداءً لا لمعنًى يحدُثُ من بعدُ فهي على العاقلةِ اعتباراً بالخطأ على ما يجيءُ تفاصيلُها إن شاءَ الله تعالى، ويتعلَّقُ به حِرمانُ الميراث؛ لأنَّه حكمُ القتلِ، والشبهةُ تؤثرُ في سقوطِ القِصَاصِ دونَ حرمانِ الميراثِ.

---

(١) في (ش) و(ف): «وإلا فلا».

(٢) انظر: «روضة الطالبين» (٩/ ١٢٥).

وَالْخَطَأُ عَلَى وَجْهَيْنِ: خَطَأٌ فِي الْقَصْدِ، وَهُوَ أَنْ يَرْمِيَ شَخْصًا يَظُنُّهُ صَيْدًا، فَإِذَا هُوَ آدَمِيٌّ، وَخَطَأٌ فِي الْفِعْلِ، وَهُوَ أَنْ يَرْمِيَ غَرَضًا: فَيُصِيبُ آدَمِيًّا، وَمُوجَبُ ذَلِكَ: الْكَفَّارَةُ، وَالدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَلَا مَأْثَمَ فِيهِ.

وَمَا أُجْرِيَ مَجْرَى الْخَطَأِ، مِثْلُ النَّائِمِ يَنْقَلِبُ عَلَى رَجُلٍ فَيَقْتُلُهُ: فَحُكْمُهُ: حُكْمُ الْخَطَأِ.

وَأَمَّا الْقَتْلُ بِسَبَبٍ: كَحَافِرِ الْبِئْرِ، وَوَاضِعِ الْحَجَرِ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ، وَمُوجِبُه إذَا تَلِفَ فِيهِ آدَمِيٌّ: الدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَلَا كَفَّارَةَ فِيهِ.

قال: (وَالْخَطَأُ عَلَى وَجْهَيْنِ: خَطَأٌ فِي القَصْدِ، وَهُوَ أَنْ يَرْمِيَ شَخْصًا يَظُنُّهُ صَيْدًا، فَإِذَا هُوَ آدَمِيٌّ، وَخَطَأٌ فِي الْفِعْلِ، وَهُوَ أَنْ يَرْمِيَ غَرَضًا: فَيُصِيبُ آدَمِيًّا، وَمُوجَبُ ذَلِكَ: الكَفَّارَةُ، وَالدِّيَةُ عَلَى العَاقِلَةِ) لقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ [النساء: ٩٢]، وتمامُه يأتي في كتابِ الدِّياتِ.

قال: (وَلَا مَأْثَمَ فِيهِ) لقوله تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ﴾ [الأحزاب: ٥]، قلتُ: معناه: لا يأثمُ فيه مأثَمَ القتلِ، ولكن لا يَعرى عن الإثمِ بتركِ المبالَغةِ والتثبُّتِ عند الرَّمي، ويُحرمُ عن الميراثِ للحديثِ، ولأنَّ فيه إثماً، فيَصِحُّ تعليقُ الحرمانِ به.

قال: (وَمَا أُجْرِيَ مَجْرَى الْخَطَأِ، مِثْلُ النَّائِمِ يَنْقَلِبُ عَلَى رَجُلٍ فَيَقْتُلُهُ: فَحُكْمُهُ: حُكْمُ الْخَطَأِ) لعدمِ قصدِ القتلِ.

قال: (وَأَمَّا الْقَتْلُ بِسَبَبٍ: كَحَافِرِ البِئْرِ، وَوَاضِعِ الحَجَرِ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ وَمُوجِبُه إذَا تَلِفَ فِيهِ آدَمِيٌّ: الدِّيَةُ عَلَى العَاقِلَةِ، وَلَا كَفَّارَةَ فِيهِ) لأنَّه سببٌ في القتلِ بوصفِ التعدِّي، وكلُّ مسبِّبٍ متعدٍّ ضامنٌ كالأطرافِ والأموالِ، ولا كفَّارةَ فيه، ولا يُحرمُ عن الإرثِ،

وقال الشافعيُّ[١]: لمَّا جعَلَه الشارعُ قاتلاً كانَ أحكامُه أحكامَ الخطأ، ولنا: أنَّه ملحَقٌ بالقتلِ في حقِّ الضَّمانِ دونَ الكفَّارةِ والحرمانِ؛ لأنَّهمَا ثبتا بذنبِ القتلِ. وفيه ذنبُ الحفرِ والوَضعِ في غيرِ مِلكِه دونَ ذنبِ القتلِ؛ قالوا: ولا إثمَ فيه، معناه: لا إثمَ فيه إثمَ القتلِ دونَ إثمِ الحفرِ والوضعِ.

(ط): ذكرَ محمدٌ القتلَ في «الأصل» على ثلاثة أوجهٍ: عمدٍ، وخطأٍ، وشبهِ عمدٍ، ثم جعلَ الخطأَ على وجهَين: مباشَرةً وتسبيباً، وذكرَ أنَّ الحِرمانَ عن الإرثِ حُكمُ القتلِ مباشَرةً، عمداً كان أو خطأً، كمَن رمَى صيداً فأصابَ آدمياً، أو حربياً فأصابَ مسلماً، أو ظنَّه مباحَ الدَّمِ فكانَ محقونَ الدمِ، أو نائماً فانقلَبَ على إنسانٍ فقتلَه، أو سقطَ من يدِه لبِنةٌ[٢] أو خشَبةٌ أو وطِئَتْه رَكوبَتُه فقتلَته: فهذا كلُّه قتلٌ مباشَرةً، ومَن حفرَ في غيرِ ملكِه، أو أخرجَ جناحاً أو كَنيفاً، أو ساق دابَّتَه، فتلِفَ به إنسانٌ: فهذا قتلٌ تسبيباً، فلا يُحرمُ به عن الإرثِ.

(ط جص): قتله بمَرٍّ: ففيه القوَدُ إذا قتَلَه بحدِّ حديدةٍ، وإذا قتَلَه بظهْرِ حديدةٍ فجرَحَه: فكذلك إجماعاً، وإن لم يجرِحْه: فكذلك على رواية «الأصل» لاعتبارِه الحديدَ دونَ الجَرحِ، وعلى رواية الطحَاويِّ: لا قوَدَ فيه عند أبي حنيفةَ، وإذا قتلَه بعودٍ: فلا قوَدَ فيه إجماعاً، وقيل خلافًا لهما، ولو ضربَه بسيفٍ في غمدِهِ فخرقَ السيفُ الغمدَ وقتَلَه: فلا قِصاصَ عند أبي حنيفةَ، وقال محمدٌ: إن كانَ الغِمدُ وحدَه قاتلاً: قُتلَ به.

(جص)[٣]: أحمى تنُّوراً، فألقى فيه إنساناً، أو ألقاه في نارٍ لا يستطيعُ الخروجَ منها فأحرقَتْه: ففيه القوَدُ، وفيه إشارةٌ إلى أنَّ الإحماءَ يكفِي للقوَدِ وإن لم يكُنْ فيه نارٌ.

---

(١) انظر: «الشرح الكبير» (١٠/ ٥٣٥).

(٢) في (ش): «مدية».

(٣) في (ف): «حص».

(جت): وهو الصحيحُ، وفيه: ألقاه في نارٍ فأُخرِجَ وبه رمَقٌ، فمكثَ مُضنًى منه حتى مات، قُتلَ به، وإن كان يجيءُ ويذهبُ: فلا، ولو غرَّقَ بالغاً أو صبياً في البحر فماتَ: فلا قِصاصَ فيه عنده خلافًا لهما.

(شب): غرَّقَه بالماء، فإن كانَ قليلاً تُرجى النجاةُ منه غالباً: فخطأُ العمدِ إجماعاً، وإن لم يُرجَ نجاتُه غالباً: فعلى الخلاف.

(م): عن أبي يوسُفَ: ألقاهُ من سفينةٍ في بحرٍ أو دِجلةَ، فرسَبَ كما وقعَ وماتَ: فعلى عاقلتِه الديةُ، فإن سبَحَ ساعةً ثم غرِقَ: فلا ديةَ فيه، وإذا ألقاه من سطحٍ أو جبلٍ أو في بئرٍ ويُرجى نجاتُه غالباً: فهو خطأُ العمدِ، وإلا: فعلى الخلافِ.

(ص): خنَقَ رجلاً فمات: فلا قوَدَ فيه عندَ أبي حنيفةَ، لكنَّه إذا اعتادَه يقتلُه الإمامُ سياسةً، وإن تابَ قبلَ أن يقعَ في يد الإمام: لا يقتَلُ، وإن تابَ بعدما وقعَ في يدِه: لا تقبَلُ توبتُه كالساحرِ، وعندهما: فيه القوَدُ إذا خنَقَه حتى ماتَ، وإن تركَه ثم ماتَ فإن كان خنْقُه مِقداراً يموت الإنسانُ فيه غالباً ففيه القِصاصُ، وإلَّا: فلا، ولو أجرَعَه سماً كرهاً، أو ناوَلَه وأكرهَه على شُربِه: فلا قوَدَ فيه، والديةُ على عاقلتِه، وقيل: هو على الخلافِ المعروفِ، إذا كان السمُّ مقداراً يقتُلُ غالباً، وإن ناوَلَه فشربَ من غيرِ إكراهٍ: فلا قِصاصَ فيه ولا ديةَ، علِمَ به الشاربُ أو لم يعلَمْ، ولو أدخلَه بيتاً فمات فيه جوعاً: لم يضمَنْ شيئاً عند أبي حنيفةَ، وعندهما: تجبُ الديةُ.

(م): عن محمدٍ رحمه الله: ولو دفَنَه حيًّا فمات: يُقادُ به.

(جش): قمطَ[1] رجلاً فطرَحَه قدَّامَ أسدٍ أو سبُعٍ، فقتَلَه: فلا قوَدَ فيه ولا ديةَ، ويعزَّرُ ويضرَبُ ويحبَسُ حتى يموت.

---

(١) القمط: شد كشد الصبي في المهد وفي غير المهد، إذا ضم أعضاؤه إلى جسده ثم لف عليه القماط، والقماط هي الخرقة العريضة التي تلف على الصبي إذا قمط، ولا يكون القمط إلا شد اليدين والرجلين معاً. «تهذيب اللغة» (٩/ ٣٦).

وَالْقِصَاصُ وَاجِبٌ بِقَتْلِ كُلِّ مَحْقُونِ الدَّمِ عَلَى التَّأْبِيدِ إِذَا قَتَلَ عَمْدًا.

وَيُقْتَلُ الْحُرُّ بِالْحُرِّ، وَالْحُرُّ بِالْعَبْدِ، وَالْعَبْدُ بِالْحُرِّ، وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ، وَيُقْتَلُ الْمُسْلِمُ بِالذِّمِّيِّ، وَلَا يُقْتَلُ الْمُسْتَأْمَنُ بِالْمُسْتَأْمَنِ.

وَيُقْتَلُ الرَّجُلُ بِالْمَرْأَةِ، وَالْكَبِيرُ بِالصَّغِيرِ، وَالصَّحِيحُ بِالْأَعْمَى وَالزَّمِنِ.

وَلَا يُقْتَلُ الرَّجُلُ بِابْنِهِ وَلَا بِعَبْدِهِ وَلَا مُدَبَّرِهِ وَلَا مَكَاتَبِهِ وَلَا بِعَبْدِ وَلَدِهِ.

وَمَنْ وَرِثَ قِصَاصًا عَلَى أَبِيهِ: سَقَطَ وَلَا يَسْتَوْفِي الْقِصَاصَ إِلَّا بِالسَّيْفِ.

قال: (**وَالْقِصَاصُ وَاجِبٌ بِقَتْلِ كُلِّ مَحْقُونِ الدَّمِ عَلَى التَّأْبِيدِ إِذَا قَتَلَ عَمْدًا**) أمَّا العمديةُ فلِمَا بيَّنَّاه، وأمَّا حقنُ الدمِ على التأبيد؛ لتنتفيَ شُبهةُ الإباحةِ وتتحقَّقَ المساواةُ.

(ط): ومن حُكمِه القِصاصُ بشرطِ أن يكونَ القاتلُ مخاطَباً، حتى لا يُقتصَّ من الصبيِّ والمجنونِ والمعتوهِ ونحوِهم، وأن يكونَ المقتولُ معصومَ الدمِ عصمةً أبديةً حتى لا يجِبَ القِصاصُ بقتلِ المستأمَنِ؛ لأنَّ عصمتَه مؤقَّتةٌ إلى وقتِ الخروجِ من ديارنا، وأن لا يكونَ بينهما شبهةُ وِلادٍ ولا شُبهةُ مِلكٍ، حتى لا يُقتلَ الرجلُ بولدِه وولدِ ولدِه وإن سفَلَ، ولا بمملوكِه ومملوكِ مملوكِه.

قال: (**وَيُقْتَلُ الْحُرُّ بِالْحُرِّ، وَالْحُرُّ بِالْعَبْدِ**) للعمومات، وقال الشافعيُّ[1]: لا يُقتلُ الحرُّ بالعبدِ؛ لقوله تعالى: ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ﴾ [البقرة: ١٧٨]، ولنقصانِ العبدِ عن الحرِّ، أصلُه أطرافُهما[2]، ولنا: أنَّ القِصاصَ يعتمِدُ المساواةَ في العِصْمةِ بالدينِ أو

---

(١) انظر: «روضة الطالبين» (٩/ ١٩٢).

(٢) جاء في «تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق» (٦/ ١٠٣): لا يقطع طرف الحر بطرف العبد بالاتفاق مع أن =

بالدارِ، وهما يستويان فيهما، دلَّ عليه قوله تعالى: ﴿أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥]؛ وقوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا ...﴾ [الإسراء: ٣٣] الآيةَ، وجرَيانُ القِصاص بين العبدَين، وأمَّا النَّصُّ فالتَّخصيصُ بالذِّكرِ لا يدلُّ على نفيِ ما عداه، ولهذا يجري القِصاصُ بين الذكرِ والأنثى، وأمَّا الأطرافُ فمُلحَقةٌ بالأموالِ حتى يمتنِعَ فيها بين الذَّكرِ والأنثى.

قال: (المُسْلِمُ بِالذِّمِّيِّ) خلافاً للشافعيِّ[1]، لقوله عليه السَّلامُ: «لا يقتَلُ مؤمنٌ بكافرٍ»[2]، ولأنَّ الكفرَ مُبيحٍ، فيورِثُ الشُّبهةَ، ولنا: ما روي أنه عليه السَّلامُ قتَلَ مسلماً بذميٍّ، ولأنَّ المساواةَ في العصمةِ ثابتةٌ نظراً إلى التكليفِ والدارِ، والمبيحُ كفرُ المحارِبِ دونَ المسالِم.

قال: **(وَلَا يُقْتَلُ الْمُسْتَأْمَنُ بِالمُسْتَأمَن)** لأنَّه غيرُ محقونِ الدمِ على التأبيدِ، ولا يقتَلُ الذمِّيُّ بالمستأمَنِ لِما بيَّنَّا، ويقتَلُ المستأمَنُ بالمستأمَنِ قياساً لا استحساناً لقيامِ المبيحِ.

قال: «**وَيُقْتَلُ الرَّجُلُ بِالمَرْأَةِ، وَالكَبِيرُ بِالصَّغِيرِ، وَالصَّحِيحُ بِالْأَعْمَى وَالزَّمِنِ**» للعموماتِ والمساواةِ في العصمَةِ؛ لأنَّ اعتبارَ المساواةَ فيما وراءَها يسدُّ بابَ القِصَاصِ، ويورِثُ التقابُلَ والتَّفاني.

(ط م): قطَعَ عُنقَه، وبقيَ من الحُلقومِ قليلٌ وفيه الروحُ، فقتَلَه آخرُ: فلا قوَدَ فيه؛ لأنَّه ميِّتٌ، حتى لو مات ابنُه بعد ذلك: يرِثُه، ولم يرِثْ هو ابنَه، ولو شَقَّ بطنَه فخرَجَتْ أمعاؤه وهي صحيحةٌ، فقتَلَه آخرُ، قُتِلَ به، ولو بقيَ بطنُه خالياً منها فقتَلَه، لم يقتَلْ به؛ لأنَّه ميتٌ، ولو قتَلَه وهو في النزعِ قُتِلَ به.

= الطرف أهون وأقل حرمة لكونه تبعاً للنفس، فلأن لا يجب في النفس، وهي أعظم حرمة أولى بخلاف العكس.

(١) انظر: «روضة الطالبين» (٩/ ١٩٢).

(٢) رواه البخاري (٦٩١٥)، وأبو داود (٢٧٥١)، والترمذي (١٤١٢) من حديث علي رضي الله عنه.

قال: (وَلَا يُقْتَلُ الرَّجُلُ بِابْنِهِ) لقوله عليه السَّلامُ: «لا يُقادُ الوالدُ بولدِه»[١]، ولأنَّ الأبَ كان سبباً لإحيائه، فيستحيلُ أن يُجعلَ ابنُه سبباً لإفنائه، ولهذا لا يجوزُ قتلُه إذا وجدَه حربياً في صفِّهم، أو وجدَه زانياً محصناً، والحديثُ حجَّةٌ على مالكٍ حيث يقول: يُقادُ إذا ذبَحَ ابنَه ذبحاً[٢].

قلتُ: ولا يختصُّ هذا الحكمُ بالابن والأب.

(هـ)[٣]: حتى لا يقتَلُ الأجدادُ به من قبَلِ الرجال والنساءِ وإن علَوا، والأمُّ والجداتُ من قبَلِ الأمِّ وإن علَونَ، ويقتَلُ الولدُ بالوالدِ وبمن ذكرنا لعدمِ المسقِط.

قلتُ: ذكَرَ الجدَّةَ في (هـ): من قبَلِ الأمِّ ولـم يطلِقْها، وذكَرَ في (ط): الأجدادَ من قبَلِ الرجالِ والنساءِ والأمَّ، ولـم يذكُرِ الجدةَ أصلاً، فوقعت لي شُبْهةٌ في الجدةِ من قبَلِ الأبِ، وقد زالت بحمد اللهِ تعالى بما ذكَرَ في (ك): فقال: لا تقتَلُ أصولُ المقتولِ به وإن علَوا، خلافاً لمالكٍ فيما إذا ذبَحَه ذبحاً، ودلَّ على هذا الإطلاقِ اعتبارُ معنى الجزئيةِ في امتناع القوَدِ في عامَّة شروحِهم، وإنه يشملُ الجدتَينِ جميعاً.

قال: (وَلَا بِعَبْدِهِ، وَلَا مُدَبَّرِهِ، وَلَا مَكَاتَبِهِ، وَلَا بِعَبْدِ وَلَدِهِ) لأنَّ ملكَه فيهم باقٍ، فلا يستوجِبُ القِصاصَ لنفسِه على نفسِه.

---

(١) رواه ابن عدي في «الكامل» (٦/ ١١٨)، والطبراني في «المعجم الأسط» (٨٦٥٧)، والحاكم في «المستدرك» (٢٨٥٦)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٥٩٤٨) من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «لا يقاد مملوك من مالكه، ولا والد من ولده».

قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد، وتعقبه الذهبي: بل عمر بن عيسى منكر الحديث.

ورواه الترمذي (١٤٠٠)، وابن ماجه (٢٦٦٢)، وأحمد في «مسنده» (١٤٧) عنه بلفظ: «لا يقتل الوالد بالولد» قال الترمذي: هذا حديث فيه اضطراب، والعمل على هذا عند أهل العلم.

(٢) انظر: «شرح مختصر خليل» (٨/ ٢٢٣).

(٣) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٤٥).

(هـ تح ط)[١]: ولا بعبدٍ قد ملَكَ بعضَه؛ لأنَّ القِصاصَ لا يتجزَّأ.

قال: (**وَمَنْ وَرِثَ قِصَاصًا عَلَى أَبِيهِ: سَقَطَ**) لحرمة الأبوَّة.

قلت: من صوَرِ هذه المسألة ما إذا قتَلَ أخَ أمِّ ابنِه أو أختَها، أو أباها أو أمَّها، أو خالَها أو عمَّها، أو أحداً من أقربائها، وهي وليَّةُ ذلك المقتولِ، فثبَتَ لها القِصاصُ عليه، ثم ماتت فورِثَها ابنُه، فقد ورثَ قِصَاصاً على أبيه، فيسقُطُ.

قلتُ: وكذلك لا يثبُتُ له ابتداءً، حتى لو قتَلَ زوجتَه أو أمَّ ابنِه، أو قتلَ أحدَ أبوَيه أو أقربائه، ولا وارثَ للمقتول سوى ابنِه، أو يرِثُ بعضَه: فإنه لا يقتصُّ من أبيه، وقد يذكَرُ هذا مثالاً للأصلِ المذكور في المتنِ، ويكره[٢] الأعمُّ؛ لأنَّ فيها ثبوتَ القِصاصِ على أبيه، لا وراثتِه، لكنْ مع هذا لذلك وجهٌ؛ لأنَّ المستحقَّ للقِصاصِ أولاً هو المقتولُ، ثم يثبُتُ للوارثِ بطريقِ الخلافةِ والوراثةِ، بدليلِ أنَّ المجروحَ إذا قال: عفَوتَ عن الجنايةِ، أو قال: عن الجُرحِ، أو القطعِ وما يحدُثُ منه: سقطَ القِصاصُ، ولو لم يثبُتْ له أولاً لمَا سقَطَ بعفوِه[٣].

قال: (**وَلَا يَسْتَوْفِي القِصَاصَ إِلَّا بِالسَّيْفِ**) وقال الشافعيُّ[٤]: يفعَلُ به مثلَ ما فعلَ إن كان فعلاً مشروعاً، فإن ماتَ وإلا: يحزُّ رقبتَه؛ لأنَّ القِصاصَ هو المساواةُ، وقد روي في الحديث: «مَن غرَّقَ غرَّقناه، ومَن حرَّقَ حرَّقْناه»[٥]، ولنا قوله عليه السَّلامُ: «لا قوَدَ إلا بالسيفِ»[٦]، ولأنَّ مراعاةَ المسَاواةِ فيها متعذِّرةٌ: فلا يُشرَع.

---

(١) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٤٥).

(٢) في (ش) و(ف): «وأنكره».

(٣) في (ش) و(ج): «لعفوه». وقال في هامش (ج): في نسخة «بعفوه».

(٤) انظر: «المجموع» (١٨/ ٤٥٨).

(٥) رواه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٥٩٩٣)، وفي «معرفة السنن والآثار» (١٧١٨٥) وقال: وفي هذا الإسناد بعض من يجهل.

وفي «التنقيح» لابن عبد الهادي (٤/ ٤٩٤): وهذا لا يثبت عن رسول الله ﷺ، إنما قاله زياد في خطبته.

(٦) تقدم تخريجه.

وَإِذَا قُتِلَ الْمُكَاتَبُ عَمْدًا، وَلَيْسَ لَهُ وَارِثٌ إِلَّا الْمَوْلَى: فَلَهُ الْقِصَاصُ، وَإِنْ تَرَكَ وَفَاءً وَلَهُ وارِثٌ غَيْرُ الْمَوْلَى: فَلَا قِصَاصَ لَهُمْ، وَإِنِ اجْتَمَعُوا مَعَ الْمَوْلَى.

وَإِذَا قُتِلَ عَبْدُ الرَّهْنِ: لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ حَتَّى يَجْتَمِعَ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ.

وَمَنْ جَرَحَ رَجُلًا عَمْدًا، فَلَمْ يَزَلْ صَاحِبَ فِرَاشٍ حَتَّى مَاتَ: فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ.

قال: (**وَإِذَا قُتِلَ الْمُكَاتَبُ عَمْدًا، وَلَيْسَ لَهُ وَارِثٌ إِلَّا الْمَوْلَى: فَلَهُ الْقِصَاصُ**) وإن ترَكَ وفاءً فكذلك عندهما، وقال محمدٌ: لا أرى فيه قِصَاصاً لاشتباه سببِ الاستيفاء أنَّه الولاءُ أو الرقُّ، ولهما: أنَّ حقَّ الاستيفاءِ للمَولى على التقديرَين بيقينٍ، واختلافُ السببِ لا يُفضِي إلى المنازَعةِ، ولا يختلِفُ به الحكمُ، فلا يُبالى به.

قال: (**وَإِنْ تَرَكَ وَفَاءً ولَه وَارثُ غَيْرُ الْمَوْلَى: فَلَا قِصَاصَ لَهُمْ، وَإِنِ اجْتَمَعُوا مَعَ الْمَوْلَى**) لاشتباهِ المستحِقِّ؛ لاختلافِ الصَّحابةِ في موتِه حرًّا أو رقيقاً، فمَن قال: مات حرًّا فوارثُه هو المستحِقُّ، ومَن قال: مات رقيقاً فمستحِقُّه المولى، واشتِباهُ المستحِقِّ: يمنعُ الدعوى، والحكمُ بخلافِ المسألة الأولى لتعيُّنِ المولى مستحِقًّا.

قال: (**وَإِذَا قُتِلَ عَبْدُ الرَّهْنِ لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ حَتَّى يَجْتَمِعَ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ**) لأنَّ لكلِّ واحدٍ منهما حقًّا معلوماً؛ وهو مِلكُ الرقَبةِ للراهن ومِلكُ اليد للمُرتهِنِ، بخلاف المكاتَبِ إذا ترَكَ وفاءً وله وارثٌ غيرُ المولى؛ لأنَّ صاحبَ الحقِّ غيرُ معلومٍ، ولأنَّ استيفاءَ المالكِ هنا يتضمَّنُ إبطالَ حقِّ المرتهِنِ في دَينِه، فلا بدَّ من رضَاه.

قال: (**وَمَنْ جَرَحَ رَجُلًا عَمْدًا، فَلَمْ يَزَلْ صَاحِبَ فِرَاشٍ حتى مَاتَ: فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ**) لوجودِ السببِ وانتفاءِ ما يبطِلُ حكمَه في الظاهرِ، فأُضيفَ إليه.

(جص هـ)[١]: ولو قتَلَ وليُّ المعتوهِ فلأبيه أن يقتُلَ تشفيًا للصدر، وله أن يصالِحَ؛ لأنَّه أنظرُ للمعتوهِ، وليسَ له أن يعفوَ؛ لأنَّ فيه إبطالَ حقِّ المعتوهِ، وكذا إذا قطَعَ يدَ المعتوهِ عمداً؛ لِما ذكَرْنا، وللوصيِّ كالأبِ فيما ذكرنا إلا القتلَ؛ أي: له أن يصالحَ في النفسِ والطرفِ، ويقتَصَّ في الطرفِ أيضاً، وفي كتاب الصُّلح: ليس للوصيِّ أن يصالِحَ، والأصَحُّ ما ذكَرنا.

ومن قُتِلَ وله ورَثةٌ كبارٌ وصغارٌ، فللكبارِ استيفاءُ القِصَاصِ عندَ أبي حنيفةَ كولاية الإنكاحِ، وقالا: ليس لهم ذلك حتى يُدرِكَ الصّغارُ، كما إذا غابَ أحدُ الكبيرَين، أو أحدُ موليي العبدِ المقتولِ.

(ط): ويقتَلُ البالغُ الصحيحُ بالصَّبيِّ والمجنونِ والمعتوهِ، ولا يقتَلونَ به، ولا كفَّارةَ عليهم، ولا يحرَمونَ الميراثَ خلافاً للشافعيِّ[٢]، ولو كان يُجنُّ ويُفيقُ، فقتَلَ في حالِ إفاقتِه فكالصَّحيحِ.

(شب): ولو جُنَّ بعد القتلِ، قيل: إن كانَ هذا الجنونُ الحادثُ مطبِقاً: سقطَ القِصاصُ، وإلَّا: فلا.

(م): عن محمَّدٍ: قتَلَه عمداً ثم عُتِهَ، فشهدَ عليه الشهودُ بقتلِه، فإني أستحسِنُ أن لا أقتُلَه، وأجعَلَ الديةَ في مالِه، وعنه: قتَلَ ثم جُنَّ القاتلُ: لا يقتَلُ، وكذا لو قضَى عليه بالقتلِ ثم جُنَّ قياساً، وقال أبو يوسُفَ: يقتَلُ إذا جُنَّ بعد القضاءِ، وفي موضعٍ آخَرَ: قضَى عليه بالقتلِ، ثم جُنَّ قبلَ أن يُدفَعَ إلى وليِّ القتيلِ: لا يُقتلُ استحساناً، وله قتلُه بعدَ الدَّفعِ إليه.

---

(١) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٤٦).

(٢) انظر: «التهذيب» (٧/ ٢٢).

ولو خرجَ رأسُ الجنين واستهلَّ فقتَلَه: فعليه الديةُ، ولو خرجَ نصفُه مع الرأسِ أو الأكثرُ مع القدمَين: ففيه القوَدُ، وكذا الحكمُ في قطعِ عضوٍ من أعضائه، ولو قطَعَ يدَه عمداً، فقتَلَ المقطوعةُ يدُه ابنَ القاطعِ ثُمَّ ماتَ من قطعِ اليدِ، فعلى القاطعِ القِصاصُ، وقيل: سقَطَ عنه استحساناً، ولو ضربَه بالسَّيفِ عمْداً، فضربَه المضروبُ أيضاً بالسيفِ عمداً، ثمَّ ماتا معاً أو متعاقِبَين، فهذا قِصاصٌ، ولو كان الدمُ بين اثنَين، فعفا أحدُهما وقتَلَه الآخَرُ، فإن لم يعلَمْ بعفوِ شريكِه: يُقتَلُ قياساً لا استحساناً، وإنْ علِمَ بعفوِه، فإن لم يعلَمْ بحُرمتِه وقال: ظننتُ أنَّه يحِلُّ لي قتلُه، لا يُقتَلُ، والديةُ في مالِه، وإنْ علمِ بالحرمَةِ يقتَلُ سواءٌ قضَى القاضِي بسقوطِ القِصاصِ في نصيبِ الساكتِ أو لم يقضِ، وهذا كمَن أمسكَ رجلاً حتى قتَلَه الآخَرُ عمداً، فقتَلَ وليُّ القَتيلِ الممسِكَ، فعليه القِصاصُ، قضَى القاضِي بسقوطِ القِصاصِ عن الممسِكِ أو لم يقضِ.

ولو قتل القاتلَ أجنبيٌّ: يجِبُ القِصاصُ في العمدِ، والدِّيةُ على عاقلتِه في الخطأ، ولو قال: وليُّ القتيلِ بعد قتل الأجنبيِّ: كنت أمَرتُه بقتلِه، ولا بيِّنَةَ له لا يصدَّقُ، بخلافِ مَن حفر بئراً في دار رجلٍ، فمات فيها إنسانٌ، فقال صاحبُ الدار: كنت أمرتُه بالحفر، يصدَّقُ، ولو أمَرَ غيرَه أن يقتُلَه، فقتَلَه بسيفٍ: فلا قِصاصَ عليه عندنا خلافاً لزُفَرَ، ولا ديةَ عليه عند أبي يوسُفَ وإحدى الروايتَين عن أبي حنيفةَ رحمه الله، ولو أمَرَه بأن يقطَعَ يده أو يفقَأَ عينَه ففعل: فلا شيءَ عليه، ولو قال: اقتُلْ عبدي أو اقطَعْ يدَه، ففعَلَ: فلا ضمانَ عليه، ولو قال: اقتُلْ أخي والآمرُ وارثُه، قال زُفَرُ: يجِبُ القِصاصُ وهو القياسُ، واستحسَنَ أبو حنيفةَ رحمه الله أخْذَ الديةِ من ماله، وعن أبي يوسُفَ عن أبي حنيفةَ فيمَنْ أمَرَ إنساناً أن يقتُلَ ابنَه فقتَلَه: قُتلَ به، ويحتمِلُ أن يكونَ هذا جوابَ القياسِ، ولو أمَرَه بشَجِّه فشَجَّه: فلا شيءَ عليه، فإن ماتَ منها كان عليه الدِّيةُ.

(ط جص): التقَى الصفَّان، فقتَلَ مسلماً ظنَّ أنَّه مشركٌ: فلا قوَدَ فيه وعليه الكفَّارةُ،

قالوا: هذا إذا اختلَطُوا، فإن كانَ في صفِّ المشركين: لا يجِبُ لسقوطِ عصمتِه بتكثيرِ سوادِهم، قال عليه السَّلامُ: «مَن كثَّرَ سوادَ قوم فهو منهم»[1]. قلتُ: فمَنْ كثَّرَ سوادَ قومٍ صارَ منهم وإن لم يتزيَّا بزِيِّهم ولم يتخلَّقْ بأخلاقِهم، فكيف حالُ متمغِّلةِ[2] زماننا المتزيِّينَ بزيِّهم المتخلِّقينَ بأخلاقِهم.

(هـ)[3]: ومَن شهَرَ على المسلمين سلاحاً فعليهم أن يقتُلُوه، لقولِه عليه السلام: «مَن شهَرَ على المسلمين سيفاً فقد أُطلَّ دمُه»[4] أي: أُهدرَ، وفي قوله: «فعليهم أن يقتُلوه» إشارةٌ إلى وجوبِ قتلِه لتعيُّنِه مدفعاً للضررِ عن نفسِه، ومَن شهَرَ على رجلٍ سلاحاً ليلاً أو نهاراً في مصرٍ وغيرِه، أو شهر عليه عصًا ليلاً في مصرٍ أو نهاراً في غيرِ مصرٍ، فقتَلَه المشهورُ عليه عمداً، فلا شيءَ عليه لما مرَّ، وإن شهَرَ المجنونُ على غيره سلاحاً، فقتَلَه المشهورُ عليه: فعليه الدِّيةُ في ماله، وقال الشافعيُّ[5]: لا شيءَ عليه، وعلى هذا الخلاف الصبيُّ والدابةُ، وعن أبي يوسُفَ: يجبُ الضمانُ في الدابةِ دونَ الصَّبيِّ والمجنونِ، ومَن شهَرَ على غيرِه سلاحاً، فضرَبَه ثم قتَلَه الآخَرُ: فعلى القاتلِ القِصاص.

---

(١) رواه أبو يعلى كما في «المطالب العالية» لابن حجر (١٦٦٠). وكذلك ساق إسناده الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٤٦).

وقال ابن حجر في «فتح الباري» (١٣/ ٣٨): أخرجه أبو يعلى وفيه قصة لابن مسعود وله شاهد عن أبي ذر في «الزهد» لابن المبارك غير مرفوع.

(٢) في (ش): «متغفلة».

(٣) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٤٨).

(٤) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٤٧): غريب بهذا اللفظ.

رواه النسائي (٤٠٩٧)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (١٢٨٩)، والطبراني في «المعجم الأوسط» (٨٠١٣)، والحاكم في «المستدرك» (٢٦٧٠) عن عبد الله بن الزبير مرفوعاً: «من شهر سيفه ثم وضعه فدمه هدر».

(٥) انظر: «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (١٢/ ٨٣).

(هـ)[1]: معناه: ضرَبَه فانصرف؛ لأنَّ بالانصرافِ عادت عصمتُه، ولو أخرجَ السارقُ السرقةَ من دارِه، فاتَّبعَه وقتَلَه: فلا شيءَ عليه؛ لقوله عليه السَّلامُ: «قاتِلْ دونَ مالِك»[2]، ولأنَّه يُباحُ قتلُه دفعاً في الابتداءِ، فكذا استرداداً في الانتهاءِ.

(هـ)[3]: وتأويلُ المسألة إذا كان لا يتمكَّنُ من الاستردادِ إلَّا بالقتلِ.

وَمَنْ قَطَعَ يَدَ غَيْرِهِ مِن المَفْصِلِ: قُطِعَتْ يَدُهُ، وَكَذَلِكَ الرِّجْلُ، وَمَارِنُ الْأَنْفِ، وَالْأُذُنُ.

فصلٌ في القصَاصِ فيمَا دونَ النَّفسِ

قال: (**وَمَنْ قَطَعَ يَدَ غَيْرِهِ مِن الْمَفْصِلِ: قُطِعَتْ يَدُهُ**) لقوله تعالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥]، وهو ينبئُ عن المماثلةِ، فكلَّما أمكنَ رعايتُها فيه: يجِبُ القِصاصُ، وما لا: فلا، وقد أمكَنَ في القطعِ من المفصَل فاعتُبِرَ، ولا مُعتبرَ بكبرِ اليدِ وصغرِها؛ لأنَّ منفعةَ اليدِ لا تختلفُ بذلك السببِ.

قال: (**وَكَذَلِكَ الرِّجْلُ، وَمَارِنُ الْأَنْفِ، وَالْأُذُنُ**) لإمكان رعايةِ المماثَلة.

(ط): وكذا في الأصابعِ إذا قُطعَت من المِفصَل، وإلا: فلا، ولا تُقتصُّ اليمنى إلا باليمنى، وكذا اليسرى، وكذا الأصابعُ، فالحاصلُ أنَّه لا يؤخَذُ شيء من الأعضاءِ[4] إلا بمثلِه من القاطعِ.

---

(١) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٤٩).

(٢) رواه النسائي (٤٠٨١)، وفي «السنن الكبرى» (٣٥٣٠)، والطبراني في «المعجم الكبير» (٢٠/ ٣١٣) (٧٤٦) من حديث المخارق أبي قابوس. وانظر: «نصب الراية» (٤/ ٣٤٨).

(٣) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٤٩).

(٤) في (ف) و(ج): «الأصابع».

(ص): من قطَعَ يداً ظُفرُها مسوَدٌّ، أو بها جِراحةٌ: لا توجِبُ نقصانَ ديةِ اليدِ: يجبُ القِصاصُ، ولو أوجَبَ إيهانَ البطشِ وحكومةَ[1] العدلِ، كانت بمنزلةِ الشلَّاءِ، واليدُ الصَّحيحةُ لا تُقطعُ بالشلَّاء.

(ط): ولو قطعَ زائدةً: لا قِصاصَ فيها، ولو قطعَ الكفَّ من المَفصِلِ وفيها إصبَعٌ زائدةٌ، فإن كانت لا توهِنُ البطشَ: فعليه القِصاصُ، وإلا: فهي بمنزلة الشلَّاءِ: فلا يجبُ القِصاصُ.

(ط): المراعى في إيجابِ كمالِ الديةِ فيما دونَ النفسِ فواتُ جِنسِ المنفعةِ على الكمالِ، أو فواتُ جمالٍ على الكمالِ، فبتفويتِ السمعِ يجبُ كمالُ الديةِ، وطريقُ معرفتِه أن يتغافَلَ ثم يُنادى فجأةً، فإن أجابَ عُلمَ كذِبُه.

(م): قال أبو يوسُفَ: لا يعرَفُ ذهابُ السمعِ، والقولُ فيه للجاني، وإذا قطعَتْ ففيها القِصاصُ، وكذا إذا قُطعَ بعضُها، ولو يبِسَتْ أو انخسفَتْ فحكومةُ عدْلٍ، ولو قُطعَ مارنُ الأنفِ عمداً فالقِصاصُ، ولو قُطعَ بعضُ المارن أو أرنبتُه فحكومةُ عدلٍ.

(ص): ولو كسَرَ أنفَه فحكومةُ عدْلٍ، ولو ذهَبَ[2] شمُّه: فالديةُ الكاملةُ، وعن محمدٍ رحمه الله: حكومةُ عدلٍ، وقيل في معرفةِ ذهابِ الشمِّ: يوضَعُ عندَه ما له رائحةٌ كريهةٌ فجأةً، فإن تنفَّرَ عُلمَ كذِبُه.

---

(١) في (ش): «فيه حكومة».

(٢) في (ش): «أذهب».

وَمَنْ ضَرَبَ عَيْنَ رَجُلٍ، فَقَلَعَهَا: فَلَا قِصَاصَ فِيهَا، فَإِنْ كَانَتْ قَائِمَةً وَذَهَبَ ضَوْءُهَا: فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ تُحْمَى لَهُ الْمِرْآةُ، وَيُجْعَلُ عَلَى وَجْهِهِ قُطْنٌ رَطْبٌ وَيُقَابِلُ عَيْنَهُ بِالْمِرْآةِ.

وَفِي السِّنِّ: الْقِصَاصُ، وَفِي كُلِّ شَجَّةٍ يُمْكِنُ فِيهَا الْمُمَاثَلَةُ: الْقِصَاصُ، وَلَا قِصَاصَ فِي عَظْمٍ إِلَّا السِّنَّ.

وَلَيْسَ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ: شِبْهُ عَمْدٍ، إِنَّمَا هُوَ عَمْدٌ، أَوْ خَطَأٌ.

وَلَا قِصَاصَ بَيْنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ، وَلَا بَيْنَ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ، وَلَا بَيْنَ العَبْدَيْنِ.

وَيَجِبُ القِصَاصُ فِي الْأَطْرَافِ بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالكَافِرِ.

وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ مِنْ نِصْفِ السَّاعِدِ، أَوْ جَرَحَهُ جَائِفَةً، فَبَرِئَ مِنْهَا: فَلَا قِصَاصَ عَلَيْهِ.

وَإِنْ كَانَتْ يَدُ المَقْطُوعِ صَحِيحَةً، وَيَدُ القَاطِعِ شَلَّاءَ، أَوْ نَاقِصَةَ الأَصَابِعِ: فَالمَقْطُوعُ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ قَطَعَ الْيَدَ الْمَعِيبَةَ، وَلَا شَيْءَ لَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْأَرْشَ كَامِلًا.

قال: (وَمَنْ ضَرَبَ عَيْنَ رَجُلٍ، فَقَلَعَهَا: فَلَا قِصَاصَ) لامتناعِ المماثَلةِ في القلعِ.

قال: (فَإِنْ كَانَتْ قَائِمَةً وَذَهَبَ ضَوْءُهَا: فَعَلَيْهِ القِصَاصُ تُحمَى لَهُ الْمِرْآةُ، وَيُجْعَلُ عَلَى وَجْهِهِ قُطْنٌ رَطْبٌ وَيُقَابِلُ عَيْنَهُ بِالْمِرْآةِ) وهو المأثورُ عن الصحابةِ رضي الله عنهم، قلتُ: وهكذا ذكرَ في (بط)[1]: فإنه قال: إذا فُقِئَتِ العينُ عمداً، فذهبَ نورُها ولم تنخسِفْ: ففيها القِصاصُ، بخلاف ما لو انخسفَت، وذكرَ

(١) في (ش): «في ط»، وفي (ف) و(ج): «بط».

الكَرخـيُّ أنَّـه لا قِصاصَ في العيـنِ إذا قوِّرَت وانخسـفَتْ[1]، وإنما يجـبُ القِصاصُ إذا كانـت قائمـةً وذهـب ضوؤُها.

(م): ولو ضربَ عينَ إنسانٍ فابيضَّتْ بحيثُ لا يبصِرُ بها، لا قِصاصَ فيه عند عامَّةِ العلماء لتعذُّرِ المماثَلة.

قلتُ: وقد تكلَّمَ المشايخُ في معرفةِ ذهابِ ضَوئها، قال ابنُ مقاتلٍ الرازيُّ: طريقُه أن يستقبِلَ الشمسَ مفتوحَ العين، فإن دمَعَت عينُه: فالضوءُ باقٍ، وإلا: فلا.

وفي (شط): يُلقى بين يدَيه حيَّةٌ، فإن هرَبَ منها: فالضوءُ باقٍ.

(ص): ينظُـرُ إليهـا أهـلُ البَصـارةِ، فـإن لـم يُعلَـمْ بمـا ذكرنـا يعتبَر فيـه الدَّعوى والإنـكارُ، والقـولُ قـولُ الجانـي مـع يمينِـه علـى البتـات، ولـو جنـى أحدُهمـا على الجفـونِ والآخَـرُ علـى الأهـدابِ: فعلـى الجاني علـى الأهدابِ تمـامُ الديـةِ، وعلى الآخَـرِ حكومـةُ عدلٍ.

(جش): فقأَ العينَ اليمنى، واليسرى من الفاقي ذاهبةٌ: اقتُصَّ منه وتُركَ أعمى، ولو فقأَ عيناً حوْلاءَ والحوَلُ لا يضُرُّ ببصَرِه: يُقتصُّ منه، وإلَّا ففيه حكومةُ عدلٍ.

(م): عـن أبـي يوسُـفَ رحمـه الله: لا قِصاصَ فـي فقأِ العيـنِ الحوْلاءِ مطلَقـاً، ولو كانَ فـي عيـنِ الفاقـئ بيـاضٌ ينقِصُهـا: فالمفقـوءةُ عينُـه بالخيـارِ، إن شـاءَ أخـذ العيـنَ الباقيـةَ[2]، وإن شـاءَ أخـذَ ديتَها.

---

(١) في (ف) و(ج): «أو نخست».

(٢) في (ش): «أخذ عين الفاقي».

قال: (وَفِي السِّنِّ: الْقِصَاصُ) لقوله تعالى: ﴿وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ﴾ [المائدة: ٤٥]، ولا يعتبرُ الكبَرُ والصغَرُ في الأسنان؛ لأنَّه لا يتفاوَتُ الغرَضُ منها بذلك، قلتُ: لم يذكُرْ أنَّه متى يقتَصُّ منه، وذكر في (ط): أنَّه يستأني حولاً، فإنْ لم تنبُتْ: يقتَصُّ منه.

(م): كسَرَ بعضَ سنِّه: ينتظِرُ حَولاً، فإذا لم يتغيَّرْ: يُبرَدُ.

(ط): ضربَ سنَّه فتحرَّكَت، يستأني حَولاً، فإنِ احمرَّتْ أو اخضرَّت أو اسودَّت: تجِبُ ديتُها في مالِه، وفي الاصفرارِ اختلافُ المشايخِ رحمهم الله.

(بت): عن أبي يوسُفَ: إنما يُستَأنى في سنِّ الشابِّ دونَ الشيخِ.

(بط): نزَعَ ثنيَّتَه وليس له ثنيَّةٌ ثم نبَتَت: فلا قِصاصَ وعليه أرْشُها.

(ن): اقتصَّ من ثنيَّةِ القالعِ، ثم نبتَتْ ثنيَّتُه: لا يقلَعُها[1] ثانياً، ولو نبتت ثنيَّةُ المقتصِّ له دونَ المقتصِّ منه: فعليه أرشُها؛ لأنَّه تبيَّنَ أنَّه لم يكُنْ عليه قِصاصٌ.

(ط): ضربَ سنَّه فتحرَّكَ: يستأني سنةً، والأصلُ عندنا أنَّه يستأني في الجناياتِ كلِّها، عمداً كان أو خطأً، ومحمدٌ ذكَرَ الاستيناءَ في التَّحريكِ دونَ القلعِ، واختُلفَ في القلعِ، قال: (قد) يستأني الصبيُّ دونَ البالغِ، وقيل: يستأني فيهما، ثمَّ إذا استأنى في التحريك فلم تسقُطْ: فلا شيءَ عليه.

وقال أبو يوسُفَ: يجب حكومةُ عدلِ الألمِ؛ أي: أجرُ القِلَاعِ والطبيبِ، وإن سقَطَ: يجبُ القِصاصُ في العمدِ والديةُ في الخطأِ، فإن قال الضاربُ: سقطَ لا بضربتي، فالقولُ للمضروبِ استحساناً، وكلُّ ما جعلْتَ له أجلاً: فالقولُ للمضروبِ، وإلَّا: فللضاربِ، عن أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ مثله.

---

(١) في (ش): «لا يقطع».

(م): ولو جرَحَه، هل يُحبَسُ حتى يبرأ؟ قال: إن كان جُرحاً يجبُ فيه القِصاصُ إذا برَأَ: يُحبَسُ، وإلَّا: يستَوثَقُ منه.

قال: (وَفِي كُلِّ شَجَّةٍ يُمْكِنُ فِيهَا الْمُمَاثَلَةُ الْقِصَاصُ) لقوله تعالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥].

قال: **(وَلَا قِصَاصَ فِي عَظْمٍ إِلَّا السِّنَّ)** قال عمرُ وابنُ مسعودٍ رضي الله عنهما[١]: «لا قِصاصَ في عظمٍ إلا في السنِّ»، ولا مخالفَ لهما فيه، وقال عليه السَّلامُ: «لا قِصاصَ في العظمِ»[٢]، وأرادَ به غيرَ السِّنِّ للنَّصِّ، ولأنَّ اعتبارَ المماثلةِ في السنِّ ممكِنٌ بأن يُبرَدَ بالمبرَدِ دونَ ما سِواها.

(ط): ويؤخَذُ الضِّرسُ بالضِّرسِ، والثنيةُ بالثنيةِ، والأعلى بالأعلى، وكلُّ سنٍّ بمثلِه، ولو كسَرَ بعضَه يُبرَدُ من سنِّه مقدارُ ما كسَرَ، ولو قلَعَه **(قد)** يُبرَدُ إلى أن ينتهيَ إلى اللحمِ، وسقطَ ما سواهُ، وبه **(شس)**.

(شب): يقلَعُ سنَّ القالع، نصَّ عليه محمدٌ في «الزيادات»، وأشار إليه في «الجامع الصغير»، ولو كسَرَ ربعَ سنِّه، والسنُّ المكسورةُ مثلُ ربع سنِّ الكاسرِ[٣] يبرَدُ ربعُه، ولا عبرةَ بالكبرِ والصِّغَر.

---

(١) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٥٠): غريب. وقال ابن حجر في «الدراية» (٢/ ٢٦٩): لم أجده. وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٧١٣٢) عن الشعبي، والحسن، قالا: «ليس في العظام قصاص ما خلا السن أو الرأس».

(٢) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٥٠): غريب. وقال ابن حجر في «الدراية» (٢/ ٢٦٩): لم أجده. وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٧٣٠٢) عن عمر، قال: «إنا لا نقيد من العظام». وفي (٢٧٣٠٣) عن ابن عباس، قال: «ليس في العظام قصاص».

(٣) في (ش): «مثل سن الكاسر»، وفي (ف): «سن الكافر».

(**شط**): ولو كسَرَ بعضَه فاسودَّ ما بقي أو احمرَّ أو اصفرَّ أو اخضرَّ، أو تعيَّبَ بوجهٍ من الوجوه: فلا قِصاصَ، والأرشُ في مالِ الجاني، قال: وبهذا تبيَّنَ أنَّ ما ذكَرَه صدرُ الإسلام والصدرُ الشهيدُ في «الجامع الصغير»: ولو كسَرَ بعضَ سنِّه، فاسودَّ ما بقيَ: ففيه حكومةُ عدلٍ؛ ليس بصحيحٍ.

(**بط**): قلع سنَّ صبيٍّ، فأُجِّلَ حولاً، فمات الصبيُّ قبل تمامِ السنةِ: فلا شيءَ على الجاني عندَ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسُفَ: فيه حكومةُ عدلٍ.

قال: (**وَلَيْسَ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ: شِبْهُ عَمْدٍ، إِنَّمَا هُوَ عَمْدٌ، أَوْ خَطَأٌ**) لأنَّ شبهَ العمدِ يعودُ إلى الآلةِ، والقتلُ يختلِفُ باختلافِ الآلةِ دونَ الأطرافِ.

(**شج شب**): موجبُ شبهِ العمدِ فيما دونَ النفسِ في مالِ الجاني وإن بلَغَ ديةً كاملةً.

قال: (**وَلَا قِصَاصَ بَيْنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ، وَلَا بَيْنَ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ، وَلَا بَيْنَ العَبْدَيْنِ**) خلافاً للشافعيِّ[1]، إلا في الحرِّ يقطَعُ يدَ العبد؛ لأنَّه يجعلُ الأطرافَ تابعةً للأنفسِ، ولنا: أنَّ الأطرافَ كالأموال؛ لأنَّها خُلقَت وقايةً للأنفُس كالأموالِ، فيعتبرُ التماثُلُ، ولا تماثُلَ بينها لتفاوتِها في الأرشِ، ألا ترى أنَّه لا تُقطَعُ اليدُ الصَّحيحةُ بالشلَّاءِ، وتقتَلُ النفسُ الصَّحيحةُ بالشلَّاء؟

قال: (**وَيَجِبُ القِصَاصُ فِي الأَطْرَافِ بَيْنَ المُسْلِمِ وَالكَافِرِ**) للتساوِي بينهما في الأرشِ.

قال: (**وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ مِنْ نِصْفِ السَّاعِدِ أَوْ جَرَحَهُ جَائِفَةً، فَبَرِئَ مِنْهَا: فَلَا قِصَاصَ عَلَيْهِ**) لتعذُّرِ مراعاةِ المماثلةِ.

---

(١) انظر: «المجموع» (١٩/ ١٣٥).

قال: (وإِنْ كَانَتْ يَدُ المَقْطُوعِ صَحِيحَةً، وَيَدُ الْقَاطِعِ شَلَّاءَ، أَوْ نَاقِصَةَ الأَصَابِعِ: فَلْمَقْطُوعُ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ قَطَعَ الْيَدَ المَعِيبَةَ، وَلَا شَيْءَ لَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْأَرْشَ كَامِلًا) لأنَّ استيفاءَ الحقِّ بكمالِه متعذِّرٌ، فله أن يتجوَّزَ بدونِ حقِّه، وله أن يعدِلَ إلى العوَضِ كالمثليِّ إذا انقطَعَ عن أيدِي الناس بعدَ الإتلافِ.

(هـ)[1]: ولو سقطَتِ المعيبةُ قبلَ اختيار المجنيِّ عليه أو قُطعَت ظلماً: فلا شيءَ له عندنا؛ لتعيُّنِ حقِّه في القِصاصِ، وإنما ينتقِلُ حقُّه إلى المالِ باختيارِه، بخلافِ ما إذا قُطعَت بقِصاصٍ أو سرقةٍ، حيثُ يجِبُ الأرشُ؛ لأنَّه أوفى به حقًّا، فصارَتْ سالمةً له معنًى.

قلتُ: وعلى هذا في السنِّ وسائرِ الأطرافِ التي يجبُ فيها القِصاصُ، إذا كان طرفُ الضاربِ والقاطعِ مَعيباً: يتخيَّرُ المجنيُّ عليه بين أخذِ المعيبِ والأرشِ كاملاً، قال برهانُ الدين والدُ الصَّدرِ الشهيدِ[2] رحمهما الله تعالى: هذا إذا كانت الشلَّاءُ ينتفِعُ بها، أمَّا إذا لم ينتفِعْ بها لا تكونُ محلاً للقِصاصِ: فله ديةُ اليدِ كاملةً من غيرِ خيارٍ، وعليه الفتوى.

وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا شَجَّةً، فَاسْتَوْعَبَت الشَّجَّةُ مَا بَيْنَ قَرْنَيْهِ، وَهِيَ لَا تَسْتَوْعِبُ مَا بَيْنَ قَرْنَيِ الشَّاجِّ: فَالمَشْجُوجُ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ اقْتَصَّ بِمِقْدَارِ شَجَّتِهِ، يَبْتَدِئُ مِنْ أَيِ الجَانِبَيْنِ شَاءَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْأَرْشَ.

وَلَا قِصَاصَ فِي اللِّسَانِ، وَلَا فِي الذَّكَرِ إِذَا قُطِعَ إِلَّا أَنْ تُقْطَعَ الْحَشَفَةُ.

قال: (وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا شَجَّةً، فَاسْتَوْعَبَت الشَّجَّةُ مَا بَيْنَ قَرْنَيْهِ، وَهِيَ لَا تَسْتَوْعِبُ مَا بَيْنَ قَرْنَيِ الشَّاجِّ: فَالْمَشْجُوجُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ اقْتَصَّ بِمِقْدَارِ شَجَّتِهِ، يَبْتَدِئُ مِنْ أَيِ

---

(١) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٥٠).

(٢) الصدر الشهيد هو: الإمام برهان الأئمة أبو محمد عمر بن عبد العزيز بن عمر بن مازة، المعروف بالحُسام الشهيد أو بالصدر الشهيد.

الجَانِبَيْنِ شَاءَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْأَرْشَ) لأنَّ القِصاصَ في الشَّجَّةِ يجبُ لمكان الشَّينِ لا لفوتِ المنفعةِ، ولهذا لو برأ من غير أثرٍ: لا شيءَ عليه، وشَينُ الشَّجَّةِ المستوعبةِ أكثرُ، وقد عجَزَ عن استيفاءِ حقِّه على الوجه الذي لحِقَه، فصارَ كالعيب في المحلِّ الذي تعلَّقَ به حقُّه، فإن شاءَ رضيَ بالمعيب[1]، وإن شاءَ عدلَ إلى الأرشِ على ما مرَّ في الشلَّاءِ والصَّحيحةِ، وفي عكسه: يخيَّرُ أيضاً؛ لأنَّه يتعذَّرُ الاستيفاءُ كاملاً للتعدِّي إلى غيرِ حقِّه، وكذا إذا كانت الشَّجةُ في طولِ الرأسِ، وهي تأخذُ من جبهتِه إلى قَفاه، ولا تبلُغُ إلى قفا الشَّاجِّ، وفي عكسِه.

قال: **(وَلَا قِصَاصَ فِي اللِّسَانِ، وَلَا فِي الذَّكَرِ إِذَا قُطِعَ إِلَّا أَنْ تُقْطَعَ الْحَشَفَةُ)** وعن أبي يوسُفَ: إذا قُطعا من أصلِهما يجبُ لإمكانِ المساواةِ، ولنا: أنَّ كلَّ واحدٍ منهما ينقبِضُ وينبسِطُ، فيتعذَّرُ رعايةُ المماثلةِ، بخلافِ الأذُنِ.

(هـ)[2]: والشَّفةُ إن استقصَاها بالقطعِ: يجبُ القِصاصُ لإمكانِ المساواةِ، بخلافِ ما إذا قطَعَ بعضَها.

(ط): إذا قطَعَ بعضَ اللسانِ، فمنَعَه من الكلام: ففيه الديةُ كاملةً، ولو منَعَه من البعض دونَ البعض: تجِبُ بقدرِ الفائت، وقيل في معرفتِه: أنَّه يمتحَنُ بالحروفِ التي عليها مدارُ الكلامِ، وهي ثمانيةٌ وعشرون، فما لا يمكِنُه التكلُّمُ بها منها: تجِبُ الديةُ بقَدْرِها، هكذا قضَى به عليٌّ رضي الله عنه[3]، وقيل: يمتحَنُ بالحروفِ التي لا تتهيَّأُ إلا باللسانِ، دونَ الحَلْقيَّة والشَّفَويةِ، والأولُ أصحُّ.

قلتُ: ويمكنُ أن يُقالَ: يُمتحنُ بالحروفِ التي عليها مدارُ كلامِ الجاني؛ لأنَّ الحروفَ تتفاوَتُ بتفاوتِ اللغات والألسنةِ.

---

(١) في (ش): «بالمعيبة».

(٢) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٥٠).

(٣) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٧٤١٤).

(ط): وفي ذكَرِ الخصيِّ حكومةُ عدْلٍ، قدَرَ على الوَطءِ أو لم يقدِرْ، وكذا في ذكَرِ[1] العِنِّين، وكذا في ذكَرِ الشيخِ الكبيرِ إذا كانَ لا يقدِرُ على الوطءِ وإن كان يتحرَّكُ، ولو قطَعَ الحشَفةَ ثم قطَعَ باقيَه خطأً، فإن لم يتخلَّلِ البُرءُ: ففيهما ديَةٌ واحدةٌ، وإن تخلَّلَ ففي الحشَفةِ ديَةٌ كاملةٌ، وفي الباقي حكومةُ عدْلٍ.

قلتُ: وذُكِرَ مثلُه فيما يماثِلُه من الأعضاء.

وَإِذَا اصْطَلَحَ القَاتِلُ وَأَوْلِيَاءُ المَقْتُولِ عَلَى مَالٍ: سَقَطَ القِصَاصُ، وَوَجَبَ المَالُ، قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا، وَإِنْ عَفَا أَحَدُ الشُّرَكَاءِ فِي الدَّمِ، أَوْ صَالَحَ مِنْ نَصِيبِهِ عَلَى عِوَضٍ: سَقَطَ حَقُّ البَاقِينَ مِن القِصَاصِ، وَكَانَ لَهُمْ نَصِيبُهُمْ مِن الدِّيَةِ.

وَإِذَا قَتَلَ جَمَاعَةٌ وَاحِدًا: اُقْتُصَّ مِنْ جَمِيعِهِمْ، وَإِذَا قَتَلَ وَاحِدٌ جَمَاعَةً، فَحَضَرَ أَوْلِيَاءُ المَقْتُولِينَ: قُتِلَ بِجَمَاعَتِهِمْ، وَلَا شَيْءَ لَهُمْ غَيرُ ذَلِكَ، وَإِنْ حَضَرَ وَاحِدٌ مِنهُمْ: قُتِلَ لَهُ، وَسَقَطَ حَقُّ البَاقِينَ.

وَمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ القِصَاصُ، فَمَاتَ: سَقَطَ القِصَاصُ.

قال: (**وَإِذَا اصْطَلَحَ القَاتِلُ وَأَوْلِيَاءُ المَقْتُولِ عَلَى مَالٍ: سَقَطَ القِصَاصُ، وَوَجَبَ المَالُ، قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا**) لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة: ١٧٨]، والآيةُ نزلت على ما قيل في الصُّلحِ، وقولِه عليه السَّلامُ: «مَن قُتِلَ له قتيلٌ فأهلُه بين خيرتَين...»[2] الحديثَ، والمرادُ ـ والله أعلمُ ـ الأخذُ بالرضا على ما بينَّاه، ولأنَّه حقُّ الورثةِ، فجازَ لهم إسقاطُه عفواً وتعويضاً كالخُلعِ، والعِوضُ فيه حالٌّ إذا لم يذكُروا الأجلَ كالمهرِ والثمنِ.

---

(١) في (ف) و(ج): «ذكر في».

(٢) تقدم تخريجه.

(جص ه)[١]: القاتلُ حرٌّ وعبدٌ، فوكَّلَ الحرُّ ومولى العبدِ رجلاً أن يصالِحَ عن دمهما، فصالحَ بألفٍ: فالألفُ على الحرِّ ومولى العبد سواءٌ بمقتضى الإضافةِ إليهما.

قال: (**وَإِنْ عَفَا أَحَدُ الشُّرَكَاءِ فِي الدَّمِ، أَوْ صَالَحَ مِنْ نَصِيبِهِ عَلَى عِوَضٍ: سَقَطَ حَقُّ البَاقِينَ مِن القِصَاصِ، وَكَانَ لَهُمْ نَصِيبُهُمْ مِن الدِّيَةِ**) وأصلُه أن القِصاصَ والديةَ حقُّ جميعِ الورَثةِ، فيلي كلُّ واحدٍ منهم التصرُّفَ والإسقاطَ في نصيبه عفواً وتعويضاً، خلافاً لمالكٍ[٢] والشافعيِّ في الزوجَين[٣]؛ لانقطاعِ الزوجيةِ بالموتِ، ولنا: «أنَّه عليه السَّلامُ أمَرَ بتوريثِ امرأةِ أشيمَ الضبابيِّ من عقْلِ زوجِها أشيمَ»[٤]، ولأنَّهما يجريانِ مجرى الإرثِ فيرثانِهما[٥] كسائرِ الحقوق والورثة، ثم إذا سقطَ حقُّ البعض في القِصاص بالعفوِ أو الصُّلحِ سقطَ حقُّ الباقين؛ لأنَّه لا يتجزَّأ، بخلاف ما إذا قتل رجلَين، فعفى وليُّ أحدِهما؛ لأنَّ الواجبَ ثمةَ قِصاصان، فإذا سقط حقُّ الباقين ينقلِبُ نصيبُهم مالاً مراعاةً لحقِّهم في العوَضِ بقدْرِ الممكِنِ، وما يجِبُ لهم من المال يجبُ في ماله في ثلاثِ سنين، وقال زُفَرُ رحمه الله: في سنتَين إذا كان بين شريكَين؛ لأنَّه نصفُ الدية، فشابَهَ أرشَ اليد، وإنَّه في سنتَين، ولنا: أنَّه بعضُ بدَلِ الدم، وكلُّه مؤجَّلٌ إلى ثلاث سنين، فكذا بعضُه.

قال: (**وَإِذَا قَتَلَ جَمَاعَةٌ وَاحِدًا: اُقْتُصَّ مِنْ جَمِيعِهِمْ**) لِما رويَ أنَّ عمرَ رضي الله عنه

---

(١) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٥١).

(٢) انظر: «شرح مختصر خليل» (٨/ ٢٣).

(٣) انظر: «الحاوي الكبير» (١٢/ ٩٩).

(٤) رواه أبو داود (٢٩٢٧)، والترمذي (١٤١٥)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٦٣٢٩)، وابن ماجه (٢٦٤٢)، ومالك في «الموطأ» (٢/ ٨٦٦) (٩)، وأحمد في «مسنده» (١٥٧٤٦) من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

(٥) في (ش): «فيرثان بهما».

قتَلَ سبعةَ نفرٍ برجلٍ واحدٍ، وقال: «لو تمالأَ عليه أهلُ صنعاءَ لَقتلتُهم به»[١]، ولأنَّ القتلَ بطريقِ التغالُبِ غالبٌ، والقِصاصُ على الكلِّ مَزجَرةٌ للسفهاءِ، فيجِبُ تحقيقاً لحكمةِ الإحياء.

قلتُ: وإنما يُقتَصُّ من جميعِهِم إذا وُجدَ من كلِّ واحدٍ منهم جُرحٌ يصلُحُ لزُهوقِ[٢] الروحِ، فأمَّا إذا كانوا نظَّارةً أو مُغرِينَ أو مُعينينَ بالإمساكِ والأخذِ: فلا قِصاصَ عليهم.

قال: (**وَإِذَا قَتَلَ وَاحِدٌ جَمَاعَةً، فَحَضَرَ أَوْلِيَاءُ المَقْتُولِينَ: قُتِلَ بِجَمَاعَتِهِمْ، وَلَا شَيْءَ لَهُمْ غَيْرُ ذَلِكَ، وَإِنْ حَضَرَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ: قُتِلَ لَهُ، وَسَقَطَ حَقُّ البَاقِينَ**) وقال الشافعيُّ[٣] رحمه الله: يقتَلُ للأولِ، وللباقين المالُ، وإن اجتمعوا قُتِلَ لهم، وقُسِمَتِ الدياتُ بينهم، وقيل: يُقرَعُ بينهم، فيُقتَلُ لمَنْ خرجت قرعتُه؛ لأنَّه وُجدَ منه قِتلاتٌ، ولا تماثُلَ بين القِتْلات والقتلِ الواحدِ قِصاصاً: فيجبُ المالُ فيما وراءَ الواحدِ، ولنا: أنَّ كلَّ واحدٍ منهم قاتلٌ بوصفِ الكمالِ؛ لأنَّ القتلَ جُرحٌ يتعقَّبُه انزهاقُ الروحِ، وقد وُجدَ بهم، وإنه لا يتجزَّأ، فأُضِيفَ الكلُّ إلى كلِّ واحدٍ منهم، فجاء التماثُلُ كما في الفصلِ الأول.

قال: (**وَمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ القِصَاصُ، فَمَاتَ: سَقَطَ القِصَاصُ**) لأنَّه فات محلُّ الاستيفاء، فصار كموتِ العبدِ الجاني، وثمةَ يسقطُ الحقُّ، كذا هاهنا، وفيه خلافٌ للشافعيِّ[٤]؛ لأنَّ الواجبَ عنده أحدُهما لا بعينه.

---

(١) رواه البخاري (٦٨٩٦) وصدره بقوله: وقال لي ابن بشار. ورواه مالك في «الموطأ» (٢/ ٨٧١) (١٣)، وعبد الرزاق في «مصنفه» (١٨٠٧٥)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٧٦٩٣)، والدارقطني في «السنن» (٣٤٦٣)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٥٩٧٣).

(٢) في (ف) و(ج): «الزهق».

(٣) انظر: «المهذب» (٣/ ١٨٨).

(٤) انظر: «روضة الطالبين» (٩/ ٢٣٩).

وَإِذَا قَطَعَ رَجُلَانِ يَدَ رَجُلٍ عَمْدًا: فَلَا قِصَاصَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَعَلَيْهِمَا نِصْفُ الدِّيَةِ، وَإِن قَطَعَ وَاحِدٌ يَمِينَي رَجُلَيْنِ، فَحَضَرَا: فَلَهُمَا أَنْ يَقْطَعَا يَدَه، وَيَأْخُذَا مِنْهُ نِصْفَ الدِّيَةِ، يَقْتَسِمَانِهِ نِصْفَيْنِ، وَإِنْ حَضَرَ وَاحِدٌ مِنْهُمَا، فَقَطَعَ يَدَهُ: فَلِلْآخَرِ عَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَةِ.

وَإِذَا أَقَرَّ الْعَبْدُ بِقَتْلِ الْعَمْدِ: لَزِمَهُ الْقَوَدُ.

وَمَنْ رَمَى رَجُلًا عَمْدًا، فَنَفَذَ مِنْهُ السَّهْمُ إِلَى آخَرَ، فَمَاتَا: فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ لِلْأَوَّلِ، وَالدِّيَةُ لِلثَّانِي عَلَى عَاقِلَتِهِ.

قال: (وَإِذَا قَطَعَ رَجُلَانِ يَدَ رَجُلٍ عَمْدًا: فَلَا قِصَاصَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَعَلَيْهِمَا نِصْفُ الدِّيَةِ) وقال الشافعيُّ[١]: تقطعُ يداهما إذا أخذا سكِّيناً وأمَرَّاه على يدِه حتى انقطعَتْ اعتباراً بالأنفسِ؛ لأنَّ الأطرافَ تابعةٌ لها، فأخذَتْ حُكمَها، ولنا: أنَّ الاختلافَ في الوصفِ يمنعُ القِصاصَ حتى لا تُقطعَ الصَّحيحةُ بالشلَّاءِ، فالاختلافُ في العددِ أَولى، كما إذا قطَعَ كلُّ[٢] واحدٍ منهما من جانبٍ آخرَ على أنَّ كلَّ واحدٍ منهما قطَعَ بعضَه، والمحلُّ متجزِّئٌ، فلا يُضافُ إلى الكلِّ، بخلافِ النفسِ؛ لأنَّ انزهاقَ الروحِ: لا يتجزَّأُ، ولأنَّ القتلَ بطريقِ الاجتماعِ غالبٌ بخلافِ القطعِ.

قال: (وإن قَطَعَ وَاحِدٌ يَمِينَي رَجُلَيْنِ، فَحَضَرَا: فَلَهُمَا أَنْ يَقْطَعَا يَده، وَيَأْخُذَا مِنْهُ نِصْفَ الدِّيَةِ يَقْتَسِمَانَهِ نِصْفَيْنِ) سواءٌ قطعَهما معاً أو على التعاقُبِ، وقال الشافعيُّ[٣]: في التعاقُبِ يُقطعُ بالأول، وفي القِرانِ يُقرَعُ؛ لأنَّ الأولَ قد استحقَّها الأولُ: فلا يثبُتُ

(١) انظر: «روضة الطالبين» (٩/ ١٧٨).

(٢) في (ش): «قطع من كل».

(٣) انظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» (٧/ ٢٩).

فيها حقٌّ للثاني كعبدِ الرهنِ، وفي القِرانِ لا تفي اليدُ بالحقَّين، فيُرجَعُ إلى القُرعةِ، ولنا أنَّهما استويا في سببِ الاستحقاق، فيستويان في حكمِه، كالغريمَينِ المتعاقبَينِ في التركةِ، بخلافِ الرهنِ؛ لأنَّه وُجدَ الاستيفاءُ من وجهٍ، فمنَعَ استيفاءَ الثاني، وصارَ كما إذا قطعَ العبدُ يمينَي رجلَين على التعاقُب، تُستحَقُّ رقبتُه لهما.

قال: (وَإِنْ حَضَرَ وَاحِدٌ مِنْهُمَا، فَقَطَعَ يَدَهُ: فَلِلْآخَرِ عَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَةِ) لأنَّ الأولَ لمَّا استوفى حقَّهَ لم يبقَ محلَّ الاستيفاء: فيتعيَّنُ للآخَرِ نصفُ الديةِ؛ لأنَّه أوفى به حقًّا مستحَقاً عليه فصارَتْ يدُه كالسالمةِ له، فيوفِّيَ بدَلَها.

قال: (وَإِذَا أَقَرَّ العَبْدُ بِقَتْلِ العَمْدِ: لَزِمَهُ القَوَدُ) وقال زُفرُ رحمه الله: لا يصِحُّ إقرارُه؛ لأنَّه يلاقي حقَّ مولاه، ولنا: أنَّه غيرُ متَّهَمٍ فيه؛ لأنَّه يتضرَّرُ به فيُقتَلُ، ولأنَّ العبدَ مُبقَّى على أصل الحريةِ في حقِّ الدمِ عملاً بالآدَميةِ، حتى لا يصِحَّ إقرارُ المولى عليه بالحدِّ والقِصاص، وبطلانُ حقِّ المولى حصَلَ ضمناً فلا يُبالى به.

(ط): ولو شهدُوا عليه بقتلِ عمدٍ أو قذفٍ أو شربٍ أو زنا: لم يقبلْ إلَّا بحضرةِ مولاهُ، وقال أبو يوسفَ: تقبلُ، وكذا لو شهدُوا على إقرارِه بالقتلِ والقذفِ، وفي الشربِ والزِّنا: لا يقبلُ بلا خلافٍ؛ لأنَّه بالجحودِ رجعَ فصحَّ رجوعُه فيهما.

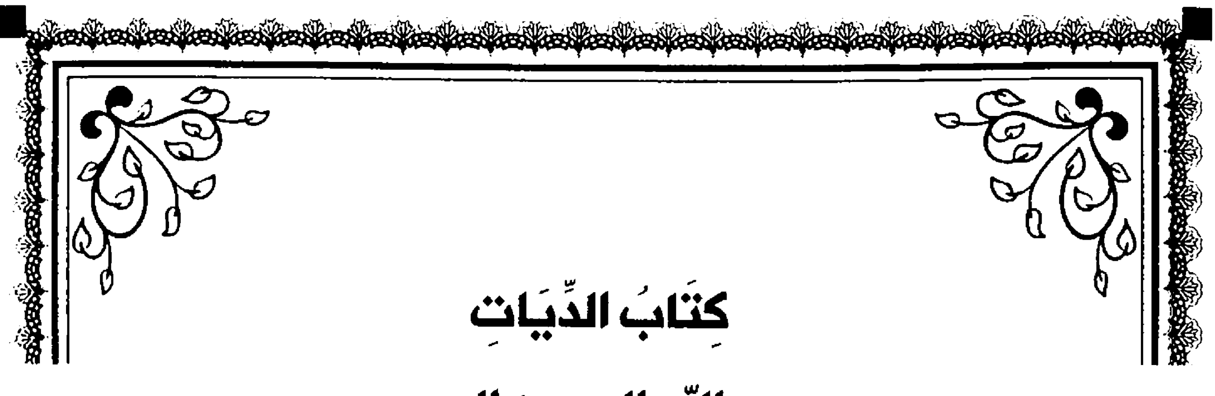
(ط): ويقامُ الحدُّ على العبدِ إذا أقرَّ بالزنا أو بغيرِه ممَّا يوجِبُ الحدَّ وإن كانَ مولاه غائباً، وكذا القطعُ والقصاصُ، وفرَّقَ أبو حنيفةَ ومحمَّد بين حجَّةِ البيِّنَة وبين حجَّةِ الإقرارِ.

قلت: والفرقُ بأنَّه يعتبرُ قدحَ مولاه في الشُّهودِ دونَ الإقرارِ.

قال: (وَمَنْ رَمَى رَجُلًا عَمْدًا، فَنَفَذَ مِنْهُ السَّهْمُ إِلَى آخَرَ، فَمَاتَا: فَعَلَيْهِ القِصَاصُ لِلْأَوَّلِ، وَالدِّيَةُ لِلثَّانِي عَلَى عَاقِلَتِهِ) لأنَّ الأولَ عمدٌ والثانيَ خطأٌ في القصدِ، والفعلَ متعدِّدٌ فيتعدَّدُ الأثرُ.

(جص): ولو قطَعَ يدَه خطأً ثم قتَلَه عمداً قبل البُرءِ أو على عكسِه، أو قطعَ يدَه خطأً فبرَأَت، ثم قتَلَه خطأً، أو قطَعَ يدَه عمداً فبرَأَت ثم قَتَله عمداً، فإنه يؤخَذُ بالأمرين لعدمِ التجانُسِ في الأولِ وتخلُّلِ البُرءِ في الآخرَين، حتى لو كانا خطأَين قبل البُرءِ فدِيةٌ واحدةٌ، ولو كانا عبدَين قبل البُرءِ يتخيَّرُ الإمامُ بين الجمعِ وبين القتل فحسْبُ، وعندهما: يقتَلُ فحسْبُ، ولو قُطعَت يدُه فاقتُصَّ له ثم ماتَ: يُقتَلُ، إلا في روايةٍ عن أبي يوسُفَ رحمه الله تعالى، والله أعلم.

❊ ❊ ❊



كِتَابُ الدِّيَاتِ

بسم الله الرحمن الرحيم

إِذَا قَتَلَ رَجُلٌ رَجُلًا شِبْهَ عَمْدٍ: فَعَلَى عَاقِلَتِهِ دِيَةٌ مُغَلَّظَةٌ، وَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ.

وَدِيَةُ شِبْهِ الْعَمْدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ: مِائَةٌ مِن الْإِبِلِ أَرْبَاعًا، خَمْسٌ وَعِشْرُوْنَ بِنْتُ مَخَاضٍ، وَخَمْسٌ وَعِشْرُوْنَ بِنْتُ لَبُوْنٍ، وَخَمْسٌ وَعِشْرُوْنَ حِقَّةً، وَخَمْسٌ وَعِشْرُوْنَ جَذَعَةً، وَلَا يَثْبُتُ التَّغْلِيظُ إِلَّا فِي الْإِبِلِ خَاصَّةً، فَإِنْ قَضَى بِالدِّيَةِ مِنْ غَيْرِ الْإِبِلِ: لَمْ يَتَغَلَّظْ.

وَقَتْلُ الْخَطَأِ يَجِبُ بِهِ الدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَالْكَفَّارَةُ عَلَى الْقَاتِلِ.

الأصلُ في وجوب الديةِ قولُه تعالى: ﴿وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ [النساء: ٩٢]، وقولُه عليه السَّلامُ: «في النفس مِائةٌ من الإبل»[1]، وأجمَعوا على أنَّ الديةَ من الإبلِ مائةٌ، لكن اختُلِفَ في أسبابِها، وأنَّ الديةَ من العينِ ألفُ دينارٍ، إذا عرَفْنا هذا:

قال المصنف رحمه الله: (**إِذَا قَتَلَ رَجُلٌ رَجُلًا شِبْهَ عَمْدٍ: فَعَلَى عَاقِلَتِهِ دِيَةٌ مُغَلَّظَةٌ، وَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ**) لأنَّ شبهَ العَمدِ ملحَقٌ بالخطأِ في حقِّ سقُوطِ القِصَاصِ، فكانَ مُلحَقاً به في حقِّ وجُوبِ الدِّيةِ والكفَّارةِ، وغلِّظَ لجهَةِ العمْديةِ.

---

(١) رواه مالك في «الموطأ/ رواية أبي مصعب الزهري» (٢٢٢٦)، والنسائي في (٤٨٥٥)، والشافعي في «مسنده» (٣٦٣)، ومحمد بن نصر المروزي في «السنة» (٢٣٤) من حديث عمرو بن حزم رضي الله عنه.

قال: (**وَدِيَةُ شِبْهِ الْعَمْدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ: مِائَةٌ مِن الْإِبِلِ أَرْبَاعًا، خَمْسٌ وَعِشْرُوْنَ بِنْتُ مَخَاضٍ، وَخَمْسٌ وَعِشْرُوْنَ بِنْتُ لَبُوْنٍ، وَخَمْسٌ وَعِشْرُوْنَ حِقَّةً، وَخَمْسٌ وَعِشْرُوْنَ جَذَعَةً**) وقال محمدٌ والشافعيُّ[(١)]: ثلاثون حِقَّةً وثلاثون جَذَعةً وأربعون ثنيةً[(٢)]، كلُّها خلِفاتٌ في بطونِها أولادُها؛ لقوله عليه السَّلامُ: «أَلَا إنَّ قتيلَ خطأ العمْدِ قتيلُ السَّوطِ[(٣)] والعَصا، وفيه مِائةٌ من الإبلِ، أربعون منها في بطونِها أولادُها»[(٤)] وتحقيقاً لغِلَظِها، ولهما قولُه عليه السَّلامُ: «في نفسِ المؤمنِ مِائةٌ من الإبلِ»[(٥)]، وما رواه غيرُ ثابتٍ لاختلافِ الصَّحابةِ[(٦)] في صفةِ التغليظِ، ولو ثبَتَ لاتَّفقوا عليه، وابنُ مسعودٍ رضي الله عنه قال بالتغليظِ أرباعاً[(٧)] كما ذكرنا، والمرويُّ من الصَّحابيِّ كالمرويِّ من النبيِّ عليه السَّلامُ في المقدَّراتِ.

قال: (**وَلَا يَثْبُتُ التَّغْلِيظُ إلَّا فِي الْإِبِلِ خَاصَّةً**) لورود الأثرِ فيه دونَ غيرِه.

قال: (**فَإِنْ قَضَى بِالدِّيَةِ مِنْ غَيْرِ الْإِبِلِ: لَمْ يَتَغَلَّظْ**) لما مرَّ.

قال: (**وَقَتْلُ الْخَطَأِ يَجِبُ[(٨)] بِهِ الدِّيَة عَلَى العَاقِلَة والكفَّارَة عَلَى القَاتل**) لقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ [النساء: ٩٢].

---

(١) انظر: «روضة الطالبين» (٩/ ٢٥٦).

(٢) في (ش): «مسنة».

(٣) في (ج): «السيف»، وقال في الهامش: «الصوت».

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) انظر: «نصب الراية» (٤/ ٣٥٦).

(٧) رواه أبو يوسف في «الآثار» (٩٦٦)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٦٧٥٥)، وأبو داود (٤٥٥٢).

(٨) في (ف): «تجب».

وَالدِّيَةُ فِي الْخَطَأ: مِائَةٌ مِن الْإِبِلِ أَخْمَاسًا، عِشْرُوْنَ بِنْتُ مَخَاضٍ، وَعِشْرُوْنَ ابْنُ مَخَاضٍ، وَعِشْرُوْنَ بِنْتُ لَبُوْنٍ، وعِشْرُوْنَ حِقَّةً، وَعِشْرُوْنَ جَذَعَةً، وَمِن الْعَيْنِ: أَلْفُ دِينَارٍ، وَمِن الْوَرِقِ: عَشَرَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ.

وَلَا تَثْبُتُ الدِّيَةُ إِلَّا مِنْ هَذِهِ الْأَنْوَاعِ الثَّلَاثَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: وَمِن الْبَقَرِ مِائَتَا بَقَرَةٍ، وَمِن الْغَنَمِ أَلْفَا شَاةٍ، وَمِن الْحُلَلِ مِائَتَا حُلَّةٍ، كُلُّ حُلَّةٍ ثَوْبَانِ.

وَدِيَةُ الْمُسْلِمِ وَالذِّمِّيِّ: سَوَاءٌ.

قال: (وَالدِّيَةُ فِي الْخَطَأِ: مِائَةٌ مِن الْإِبِلِ أَخْمَاسًا، عِشْرُوْنَ بِنْتُ مَخَاضٍ، وَعِشْرُوْنَ ابْنُ مَخَاضٍ، وَعِشْرُوْنَ بِنْتُ لَبُوْنٍ، وعِشْرُوْنَ حِقَّةً، وَعِشْرُوْنَ جَذَعَةً) وبه الشافعيُّ[١]، وهو قولُ ابن مسعودٍ رضي الله عنه[٢]، وهكذا قضى النبيُّ عليه السَّلامُ في قتيلٍ قُتلَ خطأً أخماساً[٣]، غير أنَّ عند الشافعيِّ يقضِي بعشرينَ ابنَ لبونٍ مكانَ ابنِ مَخاضٍ.

قال: (وَمِن الْعَيْنِ: أَلْفُ دِينَارٍ، وَمِن الْوَرِقِ: عَشَرَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ) وقال الشافعيُّ رحمه الله[٤]: من الورِقِ اثنا عشرَ ألفَ درهمٍ، هكذا روى ابنُ عباسٍ رضي الله عنهما: «قضيةً للنبيِّ عليه السَّلامُ»[٥]، ولنا: ما روى ابنُ عمرَ رضي الله عنه: «أنَّ النبيَّ عليه السَّلامُ قضى

---

(١) انظر: «روضة الطالبين» (٩/ ٢٥٥).

(٢) رواه أبو يوسف القاضي في «الخراج» (١/ ١٦٩)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ١٣١).

(٣) رواه أبو داود (٤٥٤٥)، وابن ماجه (٢٦٣١)، وأحمد في «مسنده» (٣٦٣٥)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ١٣٢) من حديث ابن مسعود رضي الله عنه.

(٤) انظر: «مغني المحتاج» (٥/ ٢٩٩).

(٥) رواه الترمذي (١٣٨٨)، والنسائي (٤٨٠٣)، وابن ماجه (٢٦٢٩).

في قتيلٍ بعشَرةِ آلافٍ[١]»[٢]، وتأويلُ حديثِ ابن عباسٍ رضي الله عنه أنَّه قضَى مِن دراهمَ كان وزنُها وزنَ ستةٍ، وقد كانت كذلك.

قال: (**وَلَا تَثْبُتُ الدِّيَةُ إِلَّا مِنْ هَذِهِ الْأَنْوَاعِ الثَّلَاثَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وقَالَا وَمِن الْبَقَرِ مِائَتَا بَقَرَةٍ، وَمِن الْغَنَمِ أَلْفَا شَاةٍ، وَمِن الْحُلَلِ مِائَتَا حُلَّةٍ، كُلُّ حُلَّةٍ ثَوْبَانِ**) لأنَّ عمرَ رضي الله عنه هكذا جعلَ على أهل كلِّ مالٍ من جنس ذلك المالِ[٣]، وله أنَّ التقديرَ إنما يستقيمُ بشيءٍ معلومِ الماليَّة، وهذه الأشياءُ مجهولةُ الماليَّة، ولهذا لا يقدَّرُ بها ضمانُ المتلَفاتِ وأروشُ الجناياتِ، والتقديرُ بالإبلِ عُرفَ بالآثارِ المشهورةِ على خلافِ القياسِ، فلا يتعدَّى إلى غيرِها.

(**جش جت**): والحُلَّةُ: رداءٌ ومئزرٌ لا يؤخَذُ إلا اليمانيةُ، قيمتُها خمسون فصاعداً.

(**هـ ط**)[٤]: وذكَرَ في المعاقلِ أنَّه لو صالَحَ على الزيادةِ على مائتَي حُلَّةٍ أو مِائتَي بقرةٍ: لا يجوزُ، وهذا آيةُ التقديرِ بذلك، ثم قيل: هو قولُ الكلِّ، فيرتفِعُ الخلافُ، وقيل: هو قولُهما.

(**ص**): يجوزُ هذا الصلحُ عندَ أبي حنيفَةَ رحمه الله، كمَا لو صَالحَه على أكثرَ من مائتَي فرسٍ، وهو فائدةُ الخلافِ، قيل: في المسألةِ روايتانِ عنه، ولو قضَى

---

(١) في (ش) زيادة: «درهم».

(٢) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٦٢): غريب.

وقال ابن حجر في «الدراية» (٢/ ٢٧٣): لم أجده، وإنما أخرجه محمد بن الحسن في «الآثار» (٩٨٠) من طريق عبيدة بن عمرو عن عمر موقوفاً، وكذلك ابن أبي شيبة (٢٦٧٢٧)، والبيهقي (٨/ ١٤٠).

(٣) رواه مالك في «الموطأ/ رواية أبي مصعب الزهري» (٢٣٠٧)، وأبو يوسف في «الخراج» (١/ ١٦٩)، ومحمد بن الحسن في «الحجة على أهل المدينة» (٤/ ٢٥٩)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٦٧٢٧).

(٤) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٦١).

القاضِـي علـى أصحـابِ الإبـلِ بمائـةٍ منهـا، أو على أهـل الحُلـلِ بمائتين، ثـمَّ صالحَ بعـدَه بعشَـرةِ آلافِ درهمٍ مـن ذلك، وقيمتُهـا أكثرُ[1] مِن عشَـرةِ آلافِ درهـمٍ: لم يجُزِ الفضلُ علـى قيمتِه.

(م): قضَى القاضِي على أصحابِ الإبلِ بالإبلِ، ثم صالحَ الوليُّ على أكثرَ من عشَرةِ آلاف درهمٍ: يجوزُ إذا كان الغَبنُ فيه يسيراً، وإلَّا: فلا، وفي «نوادرِ ابنِ رُستُم» عن محمدٍ عن أبي حنيفةَ رحمه الله: لو قضَى بالغنَمِ فكلُّها ثنيان من الضَّأنِ والمعزِ، وقال محمَّدٌ: الثِّنيانُ من المعزِ والجذَعُ من الضأنِ: يجوزُ كما في الأضحيَّة، ولا يلتفَتُ إلى القيمةِ، وقال: إذا قضَى على أهلِ الحُللِ بمائتي حُلَّةٍ قيمةُ كلِّ حُلَّةٍ خمسونَ درهماً، وهكذا في البقرِ، ومتى قضَى على أهلِ نوعٍ بنوعٍ منها لم يكُنْ للقاتلِ أنْ يُعْطيَ غيرَه، إلا إذا تحوَّلَ القاتلُ من أهلِ ذلك النوعِ إلى غيرِه، كمَا إذا تحوَّلَ من أصحابِ الإبلِ إلى أصحابِ الوَرِقِ، أو من الباديةِ إلى المدينةِ، والصَّبيُّ كالبالغِ في ديَةِ النفسِ.

قلتُ: ولم يذكُرْ أنَّه هلْ في هذِه الأنواعِ أصلٌ وبدلٌ أم كلُّها أصلٌ؟ وفيه اختلافُ المشايخِ.

(قـد): عـن البَلخيِّ: الأصـلُ هو الإبلُ بدلاً عـن النفسِ عندنا، والذهـبُ والفضةُ بدلُهـا، وهـو أحدُ قولَـي الشـافعيِّ[2]، وبه قال أبـو بكرٍ الـرازيُّ، ثـمَّ رجعَ فقـال: الكلُّ أصـولٌ، وهـو ظاهـرُ مذهـبِ أصحابِنـا، وإذا كانَ الإبـلُ أصـلاً: لا يجـوزُ للقاتـلِ ولا للعاقلـةِ أن تـودِّيَ الدراهـمَ مع القـدرةِ على الإبـلِ إلا برضا وليِّ القتيـلِ، وعند العجزِ يَقضِـي بالدراهـمِ أو بالدنانيـرِ باعتبارِ قيمةِ الإبـلِ، وإنْ زادَتْ على عشَـرةِ آلافِ درهمٍ أو على ألـفِ دينارٍ.

---

(١) في (ص): «أقل».

(٢) انظر: «الشرح الكبير» (١٠/ ٣٢٧).

قال[١]: (وَدِيَةُ الْمُسْلِمِ وَالذِّمِّيِّ: سَوَاءٌ) وقال الشافعيُّ[٢]: ديَةُ اليهوديِّ والنَّصرانيِّ أربعةُ[٣] آلافِ درهمٍ، وديَةُ المجوسيِّ ثمانمائة درهمٍ، وقال مالكٌ[٤]: ديَةُ اليهوديِّ والنصرانيِّ ستةُ آلافٍ؛ لقوله عليه السَّلامُ: «عقْلُ الكافرِ نصفُ عقلِ المسلمِ»[٥]، ولنا قولُه عليه السَّلامُ: «ديةُ كلِّ ذي عهدٍ في عهدِه ألفُ دينارٍ»[٦]، وهكذا قضى أبو بكرٍ وعمرُ رضي الله عنهما[٧]، وما رويناه أشهَرُ وأوفَقُ للأحاديث العامَّةِ وسائرِ الضَّماناتِ.

وَفِي النَّفْسِ: الدِّيَةُ، وَفِي الْمَارِنِ: الدِّيَةُ، وَفِي اللِّسَانِ: الدِّيَةُ، وَفِي الذَّكَرِ: الدِّيَةُ، وَفِي الْعَقْلِ إِذَا ضَرَبَ رَأْسَهُ، فَذَهَبَ عَقْلُهُ: الدِّيَةُ، وَفِي اللِّحْيَةِ إِذَا حُلِقَتْ فَلَمْ تَنْبُتْ: الدِّيَةُ، وَفِي شَعْرِ الرَّأْسِ: الدِّيَةُ، وَفِي الْعَيْنَيْنِ: الدِّيَةُ، وَفِي الْيَدَيْنِ: الدِّيَةُ، وَفِي الرِّجْلَيْنِ: الدِّيَةُ، وَفِي الْأُذُنَيْنِ: الدِّيَةُ، وَفِي الشَّفَتَيْنِ: الدِّيَةُ، وَفِي الْأُنْثَيَيْنِ: الدِّيَةُ، وَفِي ثَدْيَي الْمَرْأَةِ: الدِّيَةُ، وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ: نِصْفُ الدِّيَةِ.

---

(١) في (ف) و(ج) زيادة: «ودية المرأة نصف دية الرجل».

(٢) انظر: «المهذب» (٣/ ٢١٣).

(٣) في (ش): «ستة».

(٤) انظر: «الذخيرة» (١٢/ ٣٥٦).

(٥) رواه الترمذي (١٤١٣)، والنسائي (٤٨٠٧)، والبيهقي في «السنن الصغير» (٣٠٧٧) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنهم. وحسنه الترمذي.

(٦) رواه أبو داود في «المراسيل» (٢٦٤) عن سعيد بن المسيب مرسلًا.

ورواه محمد بن الحسن في «الحجة على أهل المدينة» (٤/ ٣٥٨)، والشافعي في «الأم» (٧/ ٣٣٩) عنه من قوله.

(٧) روى الدارقطني في «سننه» (٤/ ١٤٨) عن ابن شهاب: أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا يجعلان دية اليهودي والنصراني إذا كانا معاهدين دية الحر المسلم.

قـال: (وَفِـي النَّفْسِ: الدِّيَـةُ، وَفِـي الْمَـارِنِ: الدِّيَـةُ، وَفِـي اللِّسَـانِ: الدِّيَـةُ، وَفِـي الذَّكَـرِ: الدِّيَـةُ) والأصـلُ فيـه ما روى سـعيدُ بنُ المسيَّبِ أن النبـيَّ عليه السَّـلامُ قال: «فـي النفـسِ الديَةُ، وفي اللسـانِ الديَـةُ، وفي المـارِنِ الديَـةُ»[1]، وهكذا هـو فيما كتبَه رسـولُ الله ﷺ لعَمـرِو بنِ حـزْمٍ[2].

(هـ ط)[3]: والأصلُ في الأطرافِ أنَّه إذا فوَّتَ جنسَ منفعةٍ على الكمالِ، أو أزالَ جمالاً مقصُوداً في الآدميِّ على الكمالِ: تجبُ كلُّ الديةِ لإتلافِه النفسَ من وجهٍ، وهو ملحَقٌ بالإتلافِ من كلِّ وجهٍ تَعظِيماً للآدميِّ، وأصلُه قضاءُ رسولِ الله عليه السَّلامُ بالديةِ كلِّها في اللسانِ والأنفِ، ويتفرَّعُ منه فروعٌ كثيرةٌ، ففي الأنفِ الدِّيةُ؛ لأنَّه أزالَ الجمالَ المقصُودَ على الكمَالِ.

(هـ)[4]: وكذا في المارِنِ أو الأرنبَةِ، ولو قطعَ المارِنَ مع القصَبةِ لا يُزادُ على ديَةٍ واحدةٍ، وكذا اللسانُ؛ لفواتِ منفعةٍ مقصُودةٍ؛ وهو: النطقُ.

(هـ)[5]: ولو قطَعَ بعضَه فمنَعَ الكلامَ فكذلك، وكذا إذَا منَعَ أكثرَ الحروفِ، ولو قدَرَ على الأكثرِ فحكومةُ عَدلٍ عندَ البعضِ، وقيل: يسقطُ من الدِّيةِ بقدْرِ ما يَعجزُ عن أدائهِ على ما مرَّ، وكذا الذكَرُ؛ لأنَّه يفوتُ به منفعةُ الوَطءِ والإيلادِ واستمسَاكِ البولِ

---

(١) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٦٩): لم أجده. وقال ابن حجر في «الدراية» (٢/ ٢٧٦): لم أجده. ثم وجدت في «موطأ» ابن وهب (٥١١) عن ابن المسيب: أن السنَّة مضت في العقل... وكذلك روى (٥١٣) عن زيد بن أسلم قوله: مضت السنة...

(٢) رواه النسائي (٤٨٥٣)، والدارمي في «سننه» (٢٥٥٢)، وابن حبان في «صحيحه» (٦٥٥٩)، والحاكم في «المستدرك» (١٤٤٧) من حديث عمرو بن حزم رضي الله عنه. وانظر: «نصب الراية» (٤/ ٣٧٠).

(٣) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٦٢).

(٤) انظر المصدر السابق.

(٥) انظر المصدر السابق.

ودفعِه[١] والإيلاجِ الذي هو طريقُ الإعلاقِ عادةً، وكذا في الحشَفةِ الديةُ كاملةً[٢]، لأنَّها أصلٌ في منفعَةِ الإيلاجِ والدَّفقِ، والقصَبةُ كالتابعِ لها.

قال: (**وَفِي الْعَقْلِ إِذَا ضَرَبَ رَأْسَهُ، فَذَهَبَ عَقْلُهُ: الدِّيَةُ**) لفواتِ منفعةِ الإدراكِ التي بها معاشُه ومَعادُه.

(هـ)[٣]: وكذا إذا ذهبَ سمعُه أو بصَرُه أو شمُّه أو ذوقُه؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منها منفعةٌ مقصُودةٌ، ورويَ: أن عمرَ رضي الله عنه قضَى بأربعِ دياتٍ في ضَربةٍ واحدةٍ ذهبَ بها العقلُ والكلامُ والسَّمعُ والبصرُ[٤].

قال: (**وَفِي اللِّحْيَةِ إِذَا حُلِقَتْ فَلَمْ تَنْبُتْ: الدِّيَةُ، وَفِي شَعْرِ الرَّأْسِ: الدِّيَةُ**) لفواتِ منفعَةِ الجمَالِ على الكمالِ، وقال مالكٌ[٥] والشافعيُّ[٦]: حكومةُ عدلٍ؛ لأنَّها زيادةٌ في الآدميِّ، ولهذا يُحلقُ شعرُ الرأس وبعضُ اللحيةِ في بعضِ البلادِ، فصارَ كشعرِ الصَّدرِ والسَّاقِ، ولنا: أنَّ فيهما جمالاً بدليلِ أنَّ مَن عَدِمَها خِلقةً يتعيَّرُ به، فتَجِبُ الديةُ كاملةً كالأذُنين الشَّاخِصتَين.

---

(١) ربما في (ش): «وزرقه»، وفي (ف): «ودفقه».

(٢) في (ف) و(ج): «الكاملة».

(٣) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٦٢).

(٤) روى ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٧٣٥٠)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ١٧١) (١٦٣٢٦) عن عوف قال: سمعت شيخاً قبل فتنة ابن الأشعث فنعت نعته قالوا: ذلك أب والمهلب عم أبي قلابة قال: رمى رجلاً في رأسه بحجر فذهب سمعه ولسانه وعقله وذكره فلم يقرب النساء فقضى فيه عمر بأربع ديات.

(٥) انظر: «الذخيرة» (١٢/ ٣٢٦).

(٦) انظر: «مغني المحتاج» (٥/ ٣٣٣).

(هـ)[1]: وأمَّا لحيةُ العبدِ فعن أبي حنيفةَ أنَّه يجبُ كمالُ قيمتِه، وفي ظاهرِ المذهَبِ: ضمانُ النُّقصانِ؛ لأنَّه يقصَدُ به المنفعةُ لا اللحيةُ، وفي الشاربِ حكومةُ عدلٍ هو الأصَحُّ، وفي لحيةِ الكَوسَجِ[2] إذا كان على ذقنِه شعَراتٌ معدودةٌ: فلا شيءَ في حلقِها؛ لأنَّ وجودَها يشينُه ولا يزيِّنُه، وإن كانت على الذقنِ والخدَّينِ لكنها غيرُ متَّصِلةٍ فحكومةُ عدلٍ، وإن كانت متَّصِلةً فالدِّيةُ كاملةٌ؛ لأنَّ فيه معنى الجمالِ، وهذا إذا فسَدَ المنبَتُ، وإن نبتَتْ حتى استوَتْ فلا شيءَ عليه، ويؤدَّبُ على ارتكابِه ما لا يحِلُّ، وإن نبتَتْ بيضَاءَ فعن أبي حنيفَةَ: أنَّه لا يجِبُ في الحرِّ شيءٌ؛ لأنَّه زادَه جمالاً، وفي العبدِ حكومةُ عدلٍ، وعندهما: حكومةُ عدلٍ فيهما؛ لأنَّه شَينٌ في غَيرِ أوانِه.

(ط): ويستوي فيه الرجلُ والمرأةُ والصَّغيرُ والكبيرُ، ولو نتَفَ الحاجبَينِ والأهدابَ فلم تنبُتْ ففيهما كمالُ الدِّيةِ، بخلافِ الأظفارِ، ولا شيءَ في شعرِ الصَّدرِ والسَّاقَين والسَّاعدَين، ولو حلَقَ جعْدَ عبدِ إنسانٍ ونبَتَ مكانَه أبيضُ: يلزَمُه النُّقصانُ، ولكن يقوَّمُ وبه جعْدٌ، ويقوَّمُ ولا جَعْدَ به، ولكن يقوَّمُ وأصولُ شعرِه نابتةٌ، ويقوَّمُ وأصولُ شعرِه غيرُ نابتةٍ فيرجعُ بالنُّقصَانِ؛ لأنَّ إمساكَ الجعْدِ في الغلامِ حرامٌ، هو المرويُّ عن أصحابِنا؛ لأنَّ إمساكَه للأطماعِ الفاسدةِ، ولا عبرةَ للحرامِ في الأحكامِ، حتى قالوا: لو نبَتَ ولم ينبُتْ جعْداً لا شيءَ على الخلافِ حتى قالوا: لو غصَبَ عبدًا أسودَ اللِّحيَةِ فابيضَّتْ: فعليه النُّقصان، ولو كانَ أمرَدَ فالتحَى: لا شيءَ عليه، ويستوي العمْدُ والخطأُ فيما ذكرنا.

قال: (وَفِي الْعَيْنَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي الْيَدَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي الرِّجْلَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي الْأُذُنَيْنِ

---

(١) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٦٣).

(٢) الكَوْسَجُ: هو الأَثَطُّ، وقيل: القليلُ شَعَرِ اللِّحْية، وقيل: الخفيفُ اللِّحية من العارضينِ، وهو أيضاً: القليلُ شَعَرِ الحاجبينِ. «المحكم والمحيط الأعظم» (٩/ ١٢٤).

الدِّيَةُ، وَفِي الشَّفَتَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي الْأُنْثَيَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي ثَدْيَي الْمَرْأَةِ الدِّيَةُ، وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ: نِصْفُ الدِّيَةِ) كذا رواه سعيدُ بنُ المسيَّبِ رضي الله عنه أنَّ النبيَّ عليه السَّلامُ قال: «وفي العينَين الدِّيةُ، وفي الأذنَين الديةُ، وفي اليدَينِ الديةُ، وفي الرِّجلَين الديةُ، وفي الأنثيَينِ الديةُ، وفي الشفتَينِ الديةُ»[١]، وكذا ذكره في كتابٍ لعمرِو بنِ حزمٍ، ثم قال في آخره: «وفي أحدهما نصفُ الديةُ»[٢].

(ه): وفي ثدِي الرجالِ: حكومةُ عدلٍ، وفي حُلمَتي المرأةِ: الديةُ كاملةً لفواتِ جنسِ منفعةِ الإرضاعِ وإمساك اللبن، وفي أحدِهما نصفُ الدِّيةِ.

وَفِي أَشْفَارِ الْعَيْنَيْنِ: الدِّيَةُ، وَفِي أَحَدِهِمَا: رُبْعُ الدِّيَةِ.

وَفِي كُلِّ أُصْبُعٍ مِنْ أَصَابِعِ الْيَدَيْنِ، أَوْ الرِّجْلَيْنِ: عُشْرُ الدِّيَةِ وَالْأَصَابِعُ كُلُّهَا سَوَاءٌ، وَكُلُّ أُصْبُعٍ فِيهَا ثَلَاثُ مَفَاصِلَ: فَفِي أَحَدِهَا: ثُلُثُ دِيَةِ الْأُصْبُعِ، وَمَا فِيهَا مَفْصِلَانِ: فَفِي أَحَدِهِمَا: نِصْفُ دِيَةِ الْأُصْبُعِ.

وَفِي كُلِّ سِنٍّ: خَمْسٌ مِن الْإِبِلِ وَالْأَسْنَانُ وَالْأَضْرَاسُ كُلُّهَا سَوَاءٌ، وَمَنْ ضَرَبَ عُضْوًا، فَأَذْهَبَ مَنْفَعَتَهُ: فَفِيهِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ، كَمَا لَوْ قَطَعَهُ، كَالْيَدِ إِذَا شُلَّتْ، وَالْعَيْنِ إِذَا ذَهَبَ ضَوْءُهَا.

قال: **(وَفِي أَشْفَارِ الْعَيْنَيْنِ: الدِّيَةُ، وفِي أَحَدِهِمَا: رُبْعُ الدِّيَةِ)** (ه)[٣]: ويحتمِلُ أن يريدَ به الأهدابَ مَجازاً للمُجاورةِ، وإنما وجبتِ الديةُ لفواتِ الجمالِ على الكمالِ، ولفَوتِ منفعةِ دفعِ القَذى والأذى عن العينِ، وإنما وجبَ الربعُ في أحدِها؛ لأنَّ الجمالَ

---

(١) تقدَّم قريباً.

(٢) تقدم تخريجه قريباً.

(٣) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٦٤).

والمنفعةَ حصلَتْ بالأربعِ، ففي الواحدِ ربعُها، وفي الاثنيَن نصفُها، وفي الثلاثةِ ثلاثةُ أرباعِها، ويحتمِلُ أنَّه أرادَ به المنبَتَ، والحكمُ فيه هكذا، ولو قطَعَ الجفونَ بأهدابِها ففيه ديةٌ واحدةٌ؛ لأنَّ الكلَّ كشيءٍ واحدٍ، وصارَ كالمارِنِ مع القصَبةِ.

قال: (**وَفِي كُلِّ أُصْبُعٍ مِنْ أَصَابِعِ الْيَدَيْنِ أَو الرِّجْلَيْنِ: عُشْرُ الدِّيَةِ**) لقوله عليه السَّلامُ: «في كلِّ إصبَعٍ عشرةٌ من الإبلِ»[1]، ولأنَّها عشرُ أصابعَ اليد أو الرجلِ، وفيها ديةٌ واحدةٌ كاملةٌ.

قال: (**وَالْأَصَابِعُ كُلُّهَا سَوَاءٌ**) لإطلاق النصِّ، وللاستواء في أصلِ المنفعة كاليمينِ مع الشِّمال.

قال: (**وَكُلُّ أُصْبُعٍ فِيهَا ثَلَاثُ مَفَاصِلَ: فَفِي أَحَدِهَا: ثُلُثُ دِيَةِ الْأُصْبُعِ، وَمَا فِيهَا مَفْصِلَانِ: فَفِي أَحَدِهِمَا: نِصْفُ دِيَةِ الْأُصْبُعِ**) وهو نظيرُ انقسام الديةِ على الأصابعِ.

قال: (**وَفِي كُلِّ سِنٍّ: خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ**) لقوله عليه السَّلامُ في حديثِ أبي موسَى: «وفي كلِّ سنٍّ خمسٌ مِن الإبلِ»[2].

(ط ص): في كل سنٍّ خمسٌ من الإبلِ، أي: خمسُمائةِ درهمٍ، ثم إن كانت الأسنانُ اثنين وثلاثينَ: يجبُ ستةَ عشَرَ ألفَ درهمٍ، وذلك ديةٌ وثلاثةُ أخماس ديةٍ، في السنة

---

(١) رواه أبو داود (٤٥٥٦)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٧٠٢١)، وابن ماجه (٢٦٥٤)، وأحمد في «مسنده» (١٩٦١٠)، وابن حبان في «صحيحه» (٦٠١٣) من حديث أبي موسى رضي الله عنه، وهو عند ابن ماجه مختصراً، وله أوجه وطرق أخرى، ذكرها الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٧٢).

(٢) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٧٣): ليس هذا في حديث أبي موسى الأشعري.

ورواه أبو داود في «سننه» (٤٥٦٤)، والنسائي (٤٨٤١) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنهم.

وهو جزءٌ من كتاب عمرو بن حزم وقد تقدم.

الأولى ستةُ آلافٍ وستُّمِائةٍ وستةٌ وستون وثلُثانِ، وفي السنة الثانية ستةُ آلافٍ وستُّمائةٍ وثلاثةٌ وثلاثون وثلُثٌ، وفي السنة الثالثة ثلاثةُ آلافِ درهمٍ[1]، كذا ذكَرَه في (م).

في اللعِبِ: رجلان تضاربا بالوَكزِ؛ يعني: مشت زدن، فوكَزَ أحدُهما صاحبَه وكسر سنَّه، فعلى الضارب القِصاصُ، لكن بالشرائطِ التي قلنا، اتفقَتْ عليه فتاوى أهل بُخارى، والجوابُ في فقءِ العينِ وإذهابِ نورِها[2] كالجواب فيه.

ولو ضرَبَ سنَّه فاسودَّتْ، ثم نزَعَها آخرُ، فعلى الأولِ تمامُ أرْشِها، وعلى الثاني حكومةٌ عدل.

قال: (وَالْأَسْنَانُ وَالْأَضْرَاسُ كُلُّهَا سَوَاءٌ) لإطلاق الحديثِ، واعتباراً بسائرِ الأعضاءِ المكرَّرة، وهذا في الخطأ، وفي العمدِ القِصاصُ لما مرَّ.

قال: (وَمَنْ ضَرَبَ عُضْوًا، فَأَذْهَبَ مَنْفَعَتَهُ فَفِيهِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ، كَمَا لَوْ قَطَعَهُ، كَالْيَدِ إِذَا شُلَّتْ، وَالْعَيْنِ إِذَا ذَهَبَ ضَوْءُهَا) لفواتِ جنسِ المنفعَةِ.

(هـ)[3]: من ضرَبَ صُلبَ غيرِه فانقطعَ ماؤه: ففيه الديةُ الكاملةُ؛ لفواتِ جنسِ المنفعةِ، وكذا لو أحدَبَه؛ لفواتِ الجمالِ على الكمالِ؛ وهو استواءُ القامَةِ، فلو زالتِ الحدُوبةُ فلا شيءَ عليه لزوالِ أثرِها.

❊ ❊ ❊

---

(١) في (ش) زيادة: «وثلاثة وثلاثون وثلث».

(٢) في (ش) و(ف): «بصره»، وفي (ج): «أو ذهاب بصره».

(٣) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٦٤).

باب في الشجاج(١)

الشِّـجَاجُ عَشَـرَةٌ: الْحَارِصَـةُ، وَالدَّامِعَـةُ، وَالدَّامِيَـةُ، وَالْبَاضِعَـةُ، وَالْمُتَلَاحِمَـةُ، وَالسِّـمْحَاقُ، وَالْمُوضِحَـةُ، وَالْهَاشِـمَةُ، وَالْمُنَقِّلَـةُ، وَالْآمَّـةُ.

قال: (**الشِّجَاجُ عَشَرَةٌ: الْحَارِصَةُ**): وهي التي تحرُصُ الجلدَ؛ أي: تخدُشُه.

(**وَالدَّامِعَةُ**): هي التي تظهِرُ الدمَ ولا تُسيلُه، كالدمعِ في العينِ.

(**وَالدَّامِيَةُ**): وهي التي تُسيلُ الدمَ.

(**وَالْبَاضِعَةُ**): وهي التي تبضَعُ الجلدَ؛ أي: تقطعُه.

(**وَالْمُتَلَاحِمَةُ**): وهي التي تقطَعُ اللحمَ.

(**وَالسِّـمْحَاقُ**): وهـي التي تصِلُ إلى السِّـمْحاقَ؛ وهـي: جلدةٌ رقيقَـةٌ بين اللَّحمِ وعظمِ الرأسِ.

(**وَالْمُوضِحَةُ**): وهي التي توضِحُ العظمَ؛ أي: تظهِرُه.

(**وَالْهَاشِمَةُ**): وهي الَّتي تكسِرُ العظمَ.

(**وَالْمُنَقِّلَةُ**): وهي التي تنقُلُ العظمَ بعدَ(٢) الكسرِ.

(**وَالْآمَّةُ**): وهي التي تصِلُ إلى أمِّ الرأسِ؛ وهو الذي فيه الدماغُ.

(**ط**): شرَطَ الطحَاويُّ في الحارصَةِ أن لا تُدميَه، وفي الدَّاميةِ أن يسيلَ الدمُ، ولم يشترِطْ(٣) في (**شب**). قلت: وقدَّمَ الدَّاميةَ في (**ط**): على الدامعةِ، وفي «المختصر»

---

(١) في (ش) و(ج): «فصل».

(٢) في (ف): «بد».

(٣) في (ف) و(ج): «يشرط».

و«الهداية» قدَّمَ الدامعةَ عليها، ولكنَّ هذا الاختلافَ بناءٌ على اختلافِ تفسيرِهما، فإنه فسَّر في (هـ)[1]: الدامعةَ: التي تُظهِرُ الدمَ كالدَّمعِ ولا تُسيلُه، والداميةَ[2] التي تسيلُ الدمَ، وفي (ط): فسَّرَ الدَّاميةَ: التي لا تُسيلُ الدمَ، والدَّامعةَ: التي تُسيلُها على اختيارِ الطَّحَاويِّ، وعلى اختيارِ (شب): الدَّامعةُ: هي التي تسيلُ الدمَ أكثرَ من الدَّاميةِ، وقال: إنما سمِّيتْ بالدامِعَةِ؛ لأنَّها تُدمعُ العينَ لنهايةِ ألمِها، وفيه: الباضعةُ هي التي تقطَعُ اللحمَ ولا تنزِعُ شيئاً منه، والمتلاحمةُ: هي التي تقطعُ وتنزِعُ شيئاً منه، ثم زادَ فيه الدامغةَ بعد الآمَّةِ، وهي: التي تصِلُ إلى الدِّماغِ.

فَفِي الْمُوضِحَةِ: الْقِصَاصُ إِذَا كَانَتْ عَمْدًا، وَلَا قِصَاصَ فِي بَقِيَّةِ الشِّجَاجِ، وَمَا دُونَ الْمُوضِحَةِ: حُكُومَةُ عَدْلٍ، وَفِي الْمُوضِحَةِ إِذَا كَانَتْ خَطَأً: نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ، وَفِي الْهَاشِمَةِ: عُشْرُ الدِّيَةِ، وَفِي الْمُنَقِّلَةِ: عُشْرٌ وَنِصْفُ عُشْرٍ، وَفِي الْآمَّةِ: ثُلُثُ الدِّيَةِ، وَفِي الْجَائِفَةِ: ثُلُثُ الدِّيَةِ، فَإِنْ نَفَذَتْ: فَهُمَا جَائِفَتَانِ: فَفِيهِمَا ثُلُثَا الدِّيَةِ.

قال: (**فَفِي الْمُوضِحَةِ: الْقِصَاصُ إِذَا كَانَتْ عَمْدًا**) لِما روي: «أنَّه عليه السلام قضَى بالقِصَاصِ في الموضِحةِ»[3]، ولإمكانِ المماثَلةِ.

قال: (**وَلَا قِصَاصَ فِي بَقِيَّةِ الشِّجَاجِ**) لتعذُّرِ اعتبارِ المسَاواةِ فيها.

(هـ ط)[4]: وهذا روايةٌ عن أبي حنيفةَ، وقال محمدٌ رحمه الله في (ص): وهو ظاهرُ

---

(١) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٦٤).

(٢) قوله: «ولكن هذا الاختلاف... والدامية» ليس في (ف).

(٣) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٧٤): غريب.

ورواه البيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ١١٥) (١٦١٠٣) عن طاوس بلفظ: «لا طلاق قبل ملك ولا قصاص فيما دون الموضحة من الجراحات» وهو مرسل.

(٤) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٦٥).

المذهَبِ أَنَّه يجبُ القِصاصُ فيما قبلَ الموضِحةِ لإمكانِ المساواةِ، بأن يَسْبُرَ غورَها بمِسْبَارٍ ثمَّ يتَّخِذَ حديدةً بقدْرِه فيقطَعَ.

قال: **(وَمَا دُونَ الْمُوضِحَةِ: حُكُومَةُ عَدْلٍ)** لأنَّه ليسَ فيها أرشٌ مقدَّرٌ، وهو مأثورٌ من النَّخعيِّ وعمرَ بن عبدِ العزيزِ[1].

قال: **(وَفِي الْمُوضِحَةِ إِذَا كَانَتْ خَطَأً: نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ، وَفِي الْهَاشِمَةِ: عُشْرُ الدِّيَةِ، وَفِي الْمُنَقِّلَةِ: عُشْرٌ وَنِصْفُ عُشْرٍ، وَفِي الآمَّةِ: ثُلُثُ الدِّيَةِ، وَفِي الْجَائِفَةِ: ثُلُثُ الدِّيَةِ، فَإِنْ نَفَذَتْ: فَهُمَا جَائِفَتَانِ: فَفِيهِمَا ثُلُثَا الدِّيَةِ)** لما رُوِيَ في كتاب عمرِو بنِ حزمٍ أنَّه عليه السَّلامُ قال: «في الموضِحةِ خمسٌ من الإبلِ، وفي الهاشمةِ عشرٌ، وفي المنقِّلةِ خمسَ عشْرةَ، وفي الآمَّةِ ـ وروي: المأمُومةِ ـ ثلُثُ الدِّيةِ، وفي الجائفةِ ثلُثُ الديةِ» وعن أبي بكرٍ رضي الله عنه أنَّه قضَى بثُلثَي الدِّيةِ في جائفةٍ نفَذَت إلى الجانبِ الآخرِ[2].

(هـ)[3]: وعن محمدٍ أنه قدَّمَ المتلاحمةَ على الباضِعَةِ، وقال: هي التي يتلَاحمُ فيها الدمُ الأسودُ، وما ذكرناه أولاً قولُ أبي يوسُفَ، وهذا اختلافٌ لفظيٌّ، ولم يسمِّ المصنِّفُ رحمه الله الدامغةَ؛ لأنَّها تقتُلُ غالباً، فلم يفرَدْ لها حكمٌ.

(هـ)[4]: ثم هذه الشِّجاجُ تختصُّ بالرأسِ والوجهِ، وما كانَ في غيرهما يُسمَّى جِراحةً، وفيها حكومَةُ عَدلٍ، وأمَّا اللَّحيانِ فقيل: ليسَا من الوجهِ، وبه مالكٌ رحمه الله[5]،

(١) أثر إبراهيم النخعي رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٦٨١٦).
وجاء في «نصب الراية» للزيلعي (٤/ ٣٧٤) أن حديث عمر بن عبد العزيز غريب.

(٢) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٧٦٢٩) عن سعيد بن المسيب.

(٣) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٦٥).

(٤) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٦٦).

(٥) انظر: «شرح زروق» (٢/ ٨٦٢).

حتى لو وُجدَ فيهما ما فيه أرْشٌ مقدَّرٌ لا يجِبُ ذلك، وعندنا: همَا من الوَجهِ لاتِّصالِهما به.

(ط): حتى لو وُجدَ فيهما الموضِحةُ أو الهاشِمةُ أو المنقِّلةُ: يجِبُ الأرْشُ المقدَّر.

(هـ)[1]: وقالوا: والجائفةُ تختَصُّ بالجوفِ، جوفِ الرأسِ أو جوفِ البطنِ.

(ط): ولا تكونُ جائفةً إلا على الصَّدرِ أو البطنِ أو الظهرِ أو الجَنْبِ؛ أي: لا يجبُ حكمُها.

(هـ)[2]: وتفسيرُ حكومَةِ العدلِ على ما قاله الطحَاويُّ: أن يقوَّمَ مملوكاً بدونِ هذا الأثرِ، ويقوَّمَ وبه هذا الأثرُ، فإن نقَصَ نصفُ عُشرِ قيمتِه يجِبُ نصفُ عُشرِ الدِّيةِ، وإن كانَ رُبعِ عشرٍ فرُبعُ عُشرٍ، وقال الكَرخيُّ: يُنظرُ كم مقدارُ هذه الشَّجةِ من الموضِحةِ، فيجبُ بقدْرِ ذلك من نصف عُشرِ الدية.

(ط): ولا قِصاصَ في جلدِ الرأسِ أو البدنِ إذا قُطِعَ منها شيءٌ، وكذا في لحمِ الخدَّينِ والبطنِ والظهرِ، ولا قِصَاصَ في اللَّطمَةِ والوكزَةِ والوَجأَةِ، وفي سلخِ جلدِ الوَجهِ كمالُ الدِّيَةِ.

وَفِي أَصَابِعِ الْيَدِ: نِصْفُ الدِّيَةِ، فَإِنْ قَطَعَهَا مَعَ الْكَفِّ: فَفِيهِ نِصْفُ الدِّيَةِ، وَإِنْ قَطَعَهَا مَعَ نِصْفِ السَّاعِدِ: فِي الْكَفِّ: نِصْفُ الدِّيَةِ، وَفِي الزيادة: حُكُومَةُ عَدْلٍ، وَفِي الْأُصْبُعِ الزَّائِدَةِ: حُكُومَةُ عَدْلٍ، وَفِي عَيْنِ الصَّبِيِّ، وَلِسَانِهِ، وَذَكَرِهِ إِذَا لَمْ تُعْلَمْ صِحَّةٌ: حُكُومَةُ عَدْلٍ.

وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا مُوضِحَةً، فَذَهَبَ عَقْلُهُ، أَوْ شَعْرُ رَأْسِهِ دَخَلَ أَرْشُ الْمُوضِحَةِ فِي الدِّيَةِ، فَإِنْ ذَهَبَ سَمْعُهُ أَوْ بَصَرُهُ أَوْ كَلَامُهُ: فَعَلَيْهِ أَرْشُ الْمُوضِحَةِ، مَعَ الدِّيَةِ.

---

(١) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٦٦).

(٢) انظر المصدر السابق.



قال: (**وَفِي أَصَابِعِ الْيَدِ: نِصْفُ الدِّيَةِ**) لأنَّ في كلِّ أصبعٍ عشرَ الدِّيةِ لما روينا فكانَ في الخمسِ نصف الدِّيةِ، ولأنَّ في قطعِها تفويتُ جَنسِ منفعَةِ البَطشِ، وهو الموجبُ لما مرَّ.

قال: (**فَإِنْ قَطَعَهَا مَعَ الْكَفِّ: ففيهِ نِصْفُ الدِّيَةِ**) لقولهِ عليه السَّلامُ: «وفي إحدَى اليدينِ نصفُ الدِّيةِ»[1].

قال: (**وَإِنْ قَطَعَهَا مَعَ نِصْفِ السَّاعِدِ: فَفِي الْكَفِّ نِصْفُ الدِّيَةِ، وفِي الزيادَةِ: حُكُومَةُ عَدْلٍ**) وهو روايةٌ عن أبي يوسُفَ، وعنه: أنَّ ما زادَ على أصابعِ اليدِ والرِّجلِ فهو تبَعٌ لها إلى المنكِبِ وإلى الفَخِذِ؛ لأنَّ الشرعَ أوجبَ في اليدِ الواحدَةِ نصفَ الدِّيةِ، واليدُ اسمٌ لهذه الجارِحةِ إلى المنكِبِ، ولهما: أنَّ اليدَ آلةٌ باطشَةٌ، والبطشُ بالكفِّ والأصابعِ دونَ الذراعِ، فلم يُجعلِ الذراعُ تَبعاً لها في حقِّ التَّضمينِ.

قال: (**وَفِي الْأُصْبُعِ الزَّائِدَةِ: حُكُومَةُ عَدْلٍ**) لفواتِ المنفعَةِ والجمالِ فيها، وكذلك السنُّ الشَّاغِيةُ[2]، لكن يجبُ حكومةُ عدلٍ تشريفاً للآدميِّ.

قال: (**وَفِي عين الصَّبِيِّ وَذَكَرِهِ وَلِسَانِهِ إِذَا لَمْ تُعْلَمْ صِحَّةٌ: حُكُومةُ عَدلٍ**) وقال الشافعيُّ[3]: تجبُ ديةٌ كاملةٌ؛ لأنَّ الغالبَ صحتُها، كما في المارِنِ والأذُنِ، ولنا: أنَّ المقصُودَ من هذه الأعضاءِ منفعَتُها، وهي غيرُ معلومةٍ، فلا تجبُ بالشكِّ، والظاهرُ لا يصلُحُ حُجَّةً للإلزام، بخلاف المارِنِ والأذن الشَّاخصةِ؛ لأنَّ المقصودَ منها الجمالُ، وقد فات.

---

(١) تقدم ذلك في حديث عمرو بن حزم.

(٢) السن الشاغية: هي الزائدة على الأسنان، وهي التي تخالفِ نبتَتها نبتةَ غيرها من الأسنان. «الصحاح» (٦/ ٢٣٩٣).

(٣) انظر: «المهذب» (٣/ ٢٢٠).

(هـ)(١): وكذلك لو استهلَّ الصبيُّ؛ لأنَّه ليس بكلامٍ، ومعرفةُ الصِّحةِ فيه بالكلامِ، وفي الذكَرِ بالحركة، وفي العين بما يستدَلُّ به على الرؤيةِ، فيكونُ حُكمُها بعدَ ذلك حكمَ البالغِ في العمدِ والخطأِ.

قال: (**وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا مُوضِحَةً، فَذَهَبَ عَقْلُهُ، أَوْ شَعْرُ رَأْسِهِ: دَخَلَ أَرْشُ الْمُوضِحَةِ فِي الدِّيَةِ**) وقال زُفَرُ: لا يدخُلُ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما جنايةٌ فيما دونَ النفسِ، فلا يتداخلانِ كسائرِ الجناياتِ، ولنا: أنَّ فَواتَ العقلِ يُبطلُ منفعةَ جميعِ الأعضاءِ، فصارَ كما لو أوضَحَها فمات، وثمةَ يدخُلُ، فكذا هنا، وأمَّا في شَعرِ الرأسِ فلأنَّ الموضِحةَ تجِبُ بفواتِ جزءٍ من الشعرِ، ولهذا لو نبَتَ: يسقُطُ أرشُها، والديةُ: تجبُ بفواتِ كلِّ الشعر، فيدخُلُ الجزءُ في الكلِّ لتعلُّقِهما بسببٍ واحدٍ، كما لو قُطِعَتْ أصبُعُه فشَلَّتْ يدُه.

قال: (**فَإِنْ ذَهَبَ سَمْعُهُ أَوْ بَصَرُهُ أَوْ كَلَامُهُ: فَعَلَيْهِ أَرْشُ الْمُوضِحَةِ، مَعَ الدِّيَةِ**) وعن أبي يوسُفَ: يدخُلُ في دية السمعِ والكلامِ دونَ البصرِ؛ لأنَّهما باطنان، فأشبَهَ العقلَ، ولنا: أنَّ كلًّا منهما جنايةٌ فيما دونَ النفسِ، ولكلٍّ منهما جنسُ منفعةٍ(٢) تختَصُّ به، فأشبَه الأعضاءَ المختلفَةَ بخلافِ العَقلِ، فإنَّ منفعَتَه عائدةٌ إلى جميعِ البدَنِ.

(جص هـ)(٣): ولو شجَّه موضِحةً فذهبَتْ عيناهُ: فلا قِصاصَ عندَ أبي حنيفَةَ، قالوا: وينبغِي أن تجبَ الديةُ فيهما، وقالا: في الموضِحَة القِصاصُ، قالوا: وينبغِي أن تجِبَ الدِّيةُ في العينَين، ولو قطعَ مِفصَلَ إصبَعِه الأعلى، فشَلَّ ما بقِيَ منها أو اليدُ كلُّها: فلا قِصاصَ في شيءٍ منها، وينبغِي أن تجبَ الدِّيةُ في المفصَلِ الأعلى، وفيما بقِيَ حكومةُ عدلٍ، وكذا لو كسَرَ سنَّ رجلٍ، فاسودَّ ما بقِيَ، ولم يحك خلافاً، وينبَغِي أن تجبَ الديةُ

---

(١) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٦٧).

(٢) في (ج): «المنفعة».

(٣) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٦٨).

في السنِّ كلِّها، ولو قال المجنيُّ عليه: اقطَعِ المفصَلِ، واترُكْ ما يبِسَ، واكسِرِ القَدْرَ المكسورَ واترُكِ الباقي، لم يكُنْ له ذلك؛ لأنَّ الفعلَ في نفسِه لم يقَعْ موجِباً للقِصَاصِ.

وَلَو قَطَعَ إِصْبَعًا، فَشَلَّتْ أُخْرَى إِلَى جَانِبِهَا: فَلَا قِصَاص عَلَيْهِ عِنْدَه.

وَلَو قَلَعَ سِنَّ رَجُلٍ فَنَبَتَ مكانهَا أُخْرَى: سَقَطَ الْأَرْشُ، وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا شَجَّهُ، فَالْتَحَمَتْ، وَلَمْ يَبْقَ لَهَا أَثَرٌ، وَنَبَتَ الشَّعْرُ: سَقَطَ الْأَرْشُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: عَلَيْهِ أَرْشُ الْأَلَمِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: عَلَيْهِ أُجْرَةُ الطَّبِيبِ.

وَمَنْ جَرَحَ رَجُلًا جِرَاحَةً: لَمْ يُقْتَصَّ مِنْهُ حَتَّى يَبْرَأَ.

وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ خطأً، ثُمَّ قتَلَهُ قَبْلَ الْبُرْءِ: فَعَلَيْهِ الدِّيَةُ، وَسَقَطَ أَرْشُ الْيَدِ.

قال: (**ولَو قَطَعَ أَصبعًا فَشَلَّتْ أُخْرَى إِلَى جَانِبِهَا: فَلَا قِصَاصَ عَلَيْهِ عِنْدَه**) لتعذُّرِ المماثَلة، وقالا ـ وهو قولُ زُفَرَ والحسَنِ[1]: يُقتَصُّ من الأولِ، وفي الثانيةِ أرْشُها لتعدُّدِ محلِّ الجنايةِ.

قال: (**ولَو قَلَعَ سِنَّ رَجُلٍ فَنبتَ**[2] **مَكانَهَا أُخْرَى: سَقَطَ الْأَرْشُ**) عندَه كالصبيِّ، وقالا: فيه الأرشُ كاملاً؛ لأنَّ النابتَ نعمةٌ حادثةٌ، ولو قلَعَ سنَّه فردَّها هو أو صاحبُها في مكانِها، ونبَتَ اللَّحمُ: فعليه الأرشُ بكمالِه؛ لأنَّها لا تعودُ كما كانت، كما لو قطَعَ أذُنَه ثمَّ ألصَقَها فالتحمَتْ، ولو اقتصَّ في السنِّ بعدَ الحولِ، ثمَّ نبَتَ سنُّه: فعليه للجَاني خمسُمائةِ درهمٍ.

قال: (**وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا شَجَّهُ، فَالْتَحَمَتْ، وَلَمْ يَبْقَ لَهَا أَثَرٌ، وَنَبتَ الشَّعْرُ:**

---

(١) قوله: «زُفَر والحسن» في (ف) و(ج): «قول الحسن».

(٢) في (ف): «فنبتت».

سَقَطَ الْأَرْشُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: عَلَيْهِ أَرْشُ الْأَلَمِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: عَلَيْهِ أُجْرَةُ الطَّبِيبِ).

(**ط ع**): وثمنُ الأدويةِ، وهو روايةٌ عن أبي يوسُفَ زجراً للسَّفيهِ وجبراً للضررِ، وإنما أوجبَ أبو يوسُفَ أرشَ الألمِ وأرادَ به حكومةَ عدلٍ، وهو أن يقوِّمَ عبداً صحيحاً ويقوِّمَ، وبه هذا الألمُ؛ لأنَّ الأثرَ وإن انجبرَ، فما انجبرَ الألمُ: فيجِبُ تقويمُه، فيرجِعُ بنسبةِ النقصانِ من الديةِ، ولأبي حنيفةَ: أنَّ المنافعَ لا تتقوَّمُ عندنا إلا بعقدٍ أو شُبهتِه، ولم يوجَدْ في حقِّ الجاني: فلا يغرَمُ شيئاً.

(**ط**): قال بعدَ أنواعِ الشِّجاجِ كلِّها: وفي هذا كلِّه إذا برأَ ولم يبقَ لها أثرٌ: لا يجِبُ شيءٌ إلا عندَ محمدٍ، فإنه يجِبُ مقدارُ ما أنفَقَ إلى أن برَأَ[1]، وهكذا في (**شب**): وفي (نوادر بشرٍ) عن أبي يوسُفَ في الموضِحَة: برأَتْ ونبَتَ الشعرُ، عليه الأرشُ كاملاً، وإن التأمَتْ ولم ينبُتِ الشعرُ: فعليه الأرشُ إجماعاً.

(**ع**): شجَّه موضِحةً، فبرأَتْ ونبَتَ الشعرُ: لا شيءَ عليه قياساً، وبه أبو حنيفةَ رحمه الله، وقالا: يستحسَنُ أن يجبَ عليه حكومةُ عدلٍ مثلُ أجرةِ الطَّبيبِ، وكذا كلُّ جراحَةٍ برأتْ.

قلتُ: فسَّر حكومَةَ العدلِ عندَ أبي يوسُفَ بأجرةِ الطبيبِ، وهكذا رأيتُه في غيرِ موضعٍ أنَّه أرادَ بأرشِ الألمِ أجرةَ الطَّبيبِ وثمنَ الأدويةِ.

(**قد**): أجرةُ الطبيبِ قولُ محمدٍ، وعندَ أبي يوسُفَ: حكومةٌ[2] فيما لحِقَه من الألمِ، ولو برأَ من المنقِّلةِ وبقيَ شيءٌ وإن قلَّ: فعليه أرشُ المنقِّلةِ.

---

(١) في (ج): «يبرأ».

(٢) في (ش) زيادة: «عدل».

قال: (**وَمَنْ جَرَحَ رَجُلًا جِرَاحَةً: لَمْ يُقْتَصَّ مِنْهُ حَتَّى يَبْرَأَ**) وقال الشافعيُّ[١]: يقتَصُّ في الحالِ كالقِصَاصِ في النفسِ، ولنا قوله عليه السَّلامُ: «يَستَأنِي في الجرَاحاتِ سنةً»[٢] ولأنَّ الجراحاتِ يعتبَرُ فيها ما لها، ولعلها تسرِي إلى النفسِ فيكونُ قتلاً لا جَرحاً، وإنما يستقِرُّ أمرُها بالبُرْءِ.

قال: (**وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ خَطَأً، ثُمَّ قَتَلَهُ قَبْلَ الْبُرْءِ: فَعَلَيْهِ الدِّيَةُ، وَسَقَطَ أَرْشُ الْيَدِ**) لأنَّ اليدَ جزءٌ من النفسِ، فيدخلُ الجزءُ في الجملةِ لاتحادِ الجنَايتَين في الخطأِ واتِّحادِ موجبِهما.

(شق): بخلافِ ما إذا قطَعَ يدَه خطأً ثم قتلَه عمداً؛ لاختلافِ الجنايتَين وموجبِهما.

وَكُلُّ عَمْدٍ سَقَطَ فِيهِ الْقِصَاصُ بِشُبْهَةٍ: فَالدِّيَةُ فِي مَالِ الْقَاتِلِ، وَكُلُّ أَرْشٍ وَجَبَ بِالصُّلْحِ: فَهُوَ فِي مَالِ الْقَاتِلِ.

وَإِذَا قَتَلَ الْأَبُ ابْنَهُ عَمْدًا: فَالدِّيَةُ فِي مَالِهِ، فِي ثَلَاثِ سِنِيْنَ.

وَكُلُّ جِنَايَةٍ اعْتَرَفَ بِهَا الْجَانِي: فَهِيَ فِي مَالِهِ، وَلَا يَصْدُقُ عَلَى عَاقِلَتِهِ.

وَعَمْدُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ: خَطَأٌ، وَفِيهِ الدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ.

قال: (**وَكُلُّ عَمْدٍ سَقَطَ فِيهِ الْقِصَاصُ بِشُبْهَةٍ: فَالدِّيَةُ فِي مَالِ الْقَاتِلِ**) لقوله عليه السَّلامُ: «لا تعقِلُ العاقلةُ عمْداً» ورويَ: «العواقلُ...»[٣] الحديثَ، وهذا إذا سقطَ

---

(١) انظر: «التهذيب» (٧/ ١١٩).

(٢) رواه الدارقطني في «سننه» (٣١٢٢)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ١١٧) (١٦١١٣) من حديث جابر رضي الله عنه، وقال الدارقطني: يزيد بن عياض ضعيف متروك.

(٣) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٧٩): غريب مرفوعاً.

ورواه الدارقطني في «السنن» (٣٣٧٦)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٦٣٥٩) عن الشعبي، عن =

القِصاصُ بشبهةٍ يدَّعِيها القاتلُ، أمَّا إذا تعذَّرَ القِصاصُ بشبهةٍ يدَّعيها الوليُّ: فلا يجبُ شيءٌ، كما إذا عفَا أحدُ الأولياءِ، كذا ذكَرَه في «شرح الزيادات البرهانيَّة والصدريَّة».

قال: (**وَكُلُّ أَرْشٍ وَجَبَ بِالصُّلْحِ: فَهُوَ فِي مَالِ الْقَاتِلِ**) لما مرَّ من الحديثِ، غيرَ أنَّ الأولَ يجِبُ في مالِه في ثلاثِ سنين؛ لأنَّه وجَبَ بالقتلِ ابتداءً فأشبَهَ شِبهَ العمْدِ، والثاني وجَبَ بالعقدِ فأشبهَ ثمنَ المبيعِ.

قال: (**وَإِذَا قَتَلَ الْأَبُ ابْنَهُ عَمْدًا: فَالدِّيَةُ فِي مَالِهِ، فِي ثَلَاثِ سِنِيْنَ**) وقال الشافعيُّ رحمه الله[1]: تجبُ حالَّةً كبدل الصُّلحِ وضمانِ المتلَفاتِ، ولنا: أنَّها وجبَتْ بالقتلِ، فأشبَهَ الخطأَ وشبهَ العمدِ؛ لأنَّ تقويمَ الآدميِّ على منافاة الدليل، والنصُّ وردَ في المؤجَّل فلا يتعدَّاه.

(**ط**): ولو ضربَ ابنَه الصغيرَ تأديباً فعَطِبَ، إن ضرَبَه حيث لا يُضرَبُ للتأديبِ أو فوق ما يُضرَبُ للتأديبِ: فعليه الديةُ والكفَّارةُ، وإن ضرَبَه حيثُ يضرَبُ للتأديبِ مثلَ ما يُضرَبُ، فكذلك عندَ أبي حنيفةَ، وقالا: لا شيءَ عليه، وقيل: رجعَ إلى قولِهما، وعلى هذا التفصيل والخلافِ الوصيُّ والوليُّ[2] إذا ضربَ اليتيمَ أو زوجتَه تأديباً، وكذا المعلمُ إذا ضرَبَ الصبيَّ بإذن الولي[3] أو الوصيُّ بتعليمِ القرآنِ أو عملٍ آخرَ مثلَ ما يضرَبُ فيه: لا يضمَنُ هو ولا الأبُ ولا الوصيُّ بالإجماعِ، فأبو حنيفةَ أوجبَ الديةَ والكفَّارةَ على الأبِ، ولم يوجِبْهما على المعلِّمِ إذا كان بإذنِه، وقيل: هذا رجوعٌ من أبي حنيفَةَ إلى قولِهما في حقِّ الأبِ.

= عمر رضي الله عنه موقوفاً. قال البيهقي: هو عن عمر منقطع، والمحفوظ عن عامر الشعبي من قوله.

(١) انظر: «البيان» (١١/ ٥٩٢).

(٢) في (ش): «والأب»، وفي (ص): «والزوج».

(٣) في (ش): «الأب».

(م)[١]: ولو ضربَه المعلمُ بدونِ إذنِه فمات يضمنُ، والوالدةُ إذا ضربَتْ ولدَها الصَّغيرَ تأديباً لا شكَّ أنَّها تضمَنُ على قولِ أبي حنيفَةَ، وعلى قولهما اختلافُ المشايخِ.

قال: (**وَكُلُّ جِنَايَةٍ اعْتَرَفَ بِهَا الْجَانِي: فَهِيَ فِي مَالِهِ، وَلَا يَصْدُقُ عَلَى عَاقِلَتِهِ**) لما مرَّ من الحديث، ولأنَّ إقرارَ الإنسان لا يتعدَّاه؛ لقصورِ ولايتِه عن غيرِه، فلا يظهرُ في حقِّ العاقلةِ إلا بتصديقِهم إيَّاه فيه.

قال: (**وَعَمْدُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ: خَطَأٌ، وَفِيهِ الدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ**) (هـ)[٢]: وكذا كلُّ جنايةٍ موجبُها خمسُمِائةٍ فصاعداً، والمعتوهُ كالمجنونِ، وقال الشافعيُّ[٣]: عمْدُه عمدٌ، حتى تجبَ الديةُ في مالِه، ويُحرَمَ عنده عن الميراثِ، وتلزَمَه الكفارةُ؛ لأنَّه عامدٌ حقيقةً بالقصدِ، لكنه لم يجِبِ القِصاصُ لقصُورِ عقلِه، فتثبُتُ سائرُ أحكامه، ولنا: حديثُ عليٍّ رضي الله عنه أنَّه جعل عقْلَ المجنون على عاقلتِه، وقال: عمْدُه وخطأُه سواءٌ[٤]؛ ولأنَّ العمْديَّةَ قاصرةٌ لعدمِ العقل أو قصُورِه، والكفارةُ والحرمانُ عن الميراثِ تعلَّقا بالذَّنبِ، ولا ذنبَ منهما[٥].

(ط ع جش): عشَرةٌ في الإنسان يجبُ بكلِّ واحدٍ منها[٦] كمالُ الديةِ: العقلُ، وشعرُ الرأسِ بحلْقٍ أو بنتفٍ فلم ينبُتْ، والأنفُ، واللسانُ، واللحيةُ، والصُّلب إذا كُسرَ أو انقطَعَ وإذا سلِسَ بولُه، وفي الدُّبرِ إذا طعَنَه فلا يمسِكُ الطعامَ، والذكَرِ، وعشَرةٌ أخرى يجبُ في

---

(١) انظر: «البحر الرائق» (٨/ ٣٩٢).

(٢) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٧٠).

(٣) انظر: «المهذب» (٣/ ٢١١).

(٤) عزاه في نصب الراية (٤/ ٣٨٠) إلى البيهقي، ولكن لم أقف عليه.

(٥) في (ج): «لهما».

(٦) في (ج): «منهما».

كلِّ اثنَين منها الديةُ: الحاجبانِ، والعينانِ، والأذُنانِ الشاخصتان وسمعُهما، والشفَتانِ، واللَّحيانِ، واليدان، والرِّجلان، والأُنثَيان، والإليَتان، قال الناطِفيُّ: وإنما تجبُ الديةُ في الإليتَين إذا استأصَلَهما بحيثُ لم يبقَ على عظمِ الورِكِ شيءٌ، وإلا: فحكومةُ عدلٍ، وكذا لو قطَعَ فرْجَ المرأةِ من الجانبَين حتى وصَلَ إلى العظمِ، وفي أحدِهما نصفُ الديةِ.

وَمَنْ حَفَرَ بِئْرًا فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ، أَوْ وَضَعَ حَجَرًا، فَتَلِفَ بِذَلِكَ إِنْسَانٌ: فَدِيَتُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَإِنْ تَلِفَت فِيهَا بَهِيمَةٌ: فَضَمَانُهَا فِي مَالِهِ، وَإِنْ أَشْرَعَ فِي الطَّرِيقِ رَوْشَنًا، أَوْ مِيزَابًا، فَسَقَطَ عَلَى إنْسَانٍ، فَعَطَبَ: فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَلَا كَفَّارَةَ عَلَى حَافِرِ الْبِئْرِ، وَوَاضِعِ الْحَجَرِ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ.

وَمَنْ حَفَرَ بِئْرًا فِي مِلْكِهِ، فَعَطِبَ فِيهَا إِنْسَانٌ: لَمْ يَضْمَنْ.

قال: (**وَمَنْ حَفَرَ بِئْرًا فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ، أَوْ وَضَعَ حَجَرًا، فَتَلِفَ بِذَلِكَ**[1] **إِنْسَانٌ: فَدِيَتُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَإِنْ تَلِفَت فِيهَا**[2] **بَهِيمَةٌ: فَضَمَانُهَا فِي مَالِهِ**) لأنَّه مسبِّبٌ متعدٍّ، فيضمَنُ ما تولَّدَ منه، إلا أن العاقِلةَ تتحمَّلُ النفسَ دونَ المالِ، فكان ضمانُ البهيمَةِ في مالِهِ.

(هـ)[3]: وإلقاءُ الترابِ واتخاذُ الطينِ وإلقاءُ الخشَبِ بمنزلة وضعِ الحجَرِ لِما ذكَرْنا، بخلافِ ما إذا كنَسَ الطريقَ فعَطِبَ بموضِعِ كنْسِه إنسانٌ، حيثُ لم يضمَنْ؛ لأنَّه ليس بمتعدٍّ؛ لأنَّه قصَدَ به دفعَ الأذى عن الطريقِ، حتى لو جمعَ الكُناسةَ فيها وتلِفَ بها إنسانٌ كان ضَامناً لتعدِّيه بشَغلِه، ولو وضَعَ فيها حجَراً فنحَّاه غيرُه عن مَوضِعِه، فعطِبَ به إنسانٌ، فالضَّمانُ على الذي نحَّاه؛ لأنَّ حكمَ فعلِه قد انتسخَ لفراغِ ما شغَلَه.

---

(١) في (ف) و(ج): «به».

(٢) في (ف) و(ج): «به».

(٣) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٧٤).

(جص): حفرَ بالوعةً في الطريقِ، فإن أمَرَه السلطانُ بذلك أو أجبرَه: لم يضمَنْ؛ لأنَّه غيرُ متعدٍّ، حيثُ فعَلَه بأمرِ مَن له الولايةُ في حقوقِ العامَّة، وإن فعَلَه بغير أمرِه: ضمِنَ؛ لأنَّه متعدٍّ بالتصرُّفِ في حقِّ الغيرِ، أو بالافتئاتِ على رأيِ الإمامِ؛ لأنَّه مباحٌ مقيَّدٌ بشرطِ السلامةِ، وعلى هذا التفصيلِ جميعُ ما فُعِلَ في طريقِ العامَّة، وإن حفَرَه في مِلكِه: لم يضمَنْ؛ لأنَّه غيرُ متعدٍّ، وكذا إذا حفَرَه في فِناءِ داره، قيل: هذا إذا كان الفِناءُ مملوكاً له، أو كان له حقُّ الحفرِ فيه، أمَّا إذا كان لجماعة المسلمين، أو مشترَكاً بأن كان في سكَّةٍ غيرِ نافذةٍ، يضمنُ لأنَّه مسبِّبٌ متعدٍّ، ولو حفَرَ في الطريقِ فمات الواقعُ فيه جوعاً أو غماً، لم يضمَنِ الحافرُ عند أبي حنيفةَ؛ لأنَّه مات من غير الوقوع، وعند أبي يوسُفَ: إن مات جوعاً فكذا، وإن مات غماً: يضمنُ؛ لأنَّه لا سبَبَ للغمِّ سوى الوقوعِ، بخلافِ الجوعِ، وقال محمدٌ: هو ضامنٌ في الوجوه كلِّها؛ لأنَّ حفرَه أفضَى إليها، وإن استأجَرَ أجراءَ فحفرُوها له في غيرِ فِنائه: فالضمانُ على المستأجِرِ إذا لم يعلموا أنَّها في غيرِ فِنائه، إذ الظاهرُ صحَّةُ الإجارَةِ، وهما مسبِّبان، لكن الأجيرُ غيرُ متعدٍّ، والمستأجِرُ متعدٍّ، بخلافِ ما إذا أمَرَه بذَبحِ هذه الشَّاةِ، فذبَحَها، ثمَّ ظهَرَ أنَّها لغيرِه، حيثُ يضمَنُ المأمورُ لأنَّه مباشِرٌ، ويرجِعُ على الآمرِ لأنَّه مغرورٌ، وإن علِمُوا بذلك فالضمانُ على الأجير؛ لأنَّه لم يصِحَّ أمره بما ليس بمملوكٍ، له ولا غرورَ فيه، فيُضافُ إليهم، ولو قال لهم: هذا فِنائي وليس لي فيه حقُّ الحفر، فالضمانُ على الأجير قياساً لعلمِهم بفسادِ الأمرِ، وفي الاستحسان: على المستأجِرِ؛ لأنَّ إضافةَ الفِناءِ إليه تدلُّ على الملكِ له، وكذا انطلاقُ يدِه في التصرُّف من إلقاءِ الطينِ والحطَبِ وربطِ الدوابِّ، فنُقِلَ فعلُهم إليه.

(جت): ولو حفَرَ في مفَازةٍ[1] ونحوِها من الطريقِ في غيرِ الأمصارِ، أو ضربَ فُسطاطاً، أو نصَبَ تنُّوراً، أو ربطَ دابَّةً، لم يضمَنْ. «مُنيةُ الفقهاء».

---

(١) في (ش) زيادة: «بئرا».

(ففف ط[١]): احتفَرَ بئراً في طريقِ مكةَ أو غيرِه من الفَيافِي في غير ممرِّ الناسِ، فوقعَ فيها إنسانٌ: لم يضمَنْ.

(ص): احتفَرَ بئراً في طريقِ مكةَ أو غيرِه من الفَيافي: لم يضمَنْ، بخلافِ الأمصار، ولم يذكُرْ: في غيرِ ممرِّ الناس، قلتُ: وبهذا عُرفَ أنَّ المرادَ بالطريقِ في الكُتبِ الطُّرُقُ في الأمصارِ دونَ المفاوِزِ والصَّحارى؛ لأنَّه لا يمكِنُ العدولُ عنه في الأمصارِ غالباً دونَ الصَّحارَى.

(هـ)[٢]: ولو بنى قنطَرةً بغيرِ إذنِ الإمامِ، فتعمَّدَ رجلٌ المرورَ عليها، فعطِبَ: فلا ضمانَ على الباني، وكذا إذا وضعَ خشبةً على الطريقِ، فتعمَّدَ رجلٌ المرورَ عليها؛ لأنَّ الإضافةَ إلى المباشَرةِ أَولى من التسبُّبِ[٣].

قلتُ: وبهذا تبيَّنَ أنَّ المسبِّبَ إنما يضمنُ في حفرِ البئر ووضعِ الحجَرِ إذا لم يتعمَّدِ الواقعُ المرورَ.

(هـ)[٤]: ولو حملَ شيئاً في الطريقِ، فسقَطَ على إنسان فعَطِبَ، أو سقَطَ منه فعثَرَ به إنسانٌ فعطِبَ: فهو ضامنٌ، وإن لبِسَ رداءً فسقَطَ منه، فعطِبَ به إنسانٌ: لم يضمَنْ؛ لأنَّ الحاملَ قاصدٌ للحفظِ، فلا يخرجُ في التقييدِ بوَصْفِ السلامَةِ، بخلافِ اللَّابسِ، وعن محمدٍ رحمه الله: إذا لبِسَ ما لا يلبَسُه فهو كالحاملِ.

(شق): ولو قعدَ في الطَّريقِ ليستريحَ أو لمرضٍ أضعَفَه، فعثَرَ به إنسانٌ فعطِبَ:

---

(١) في (ش): «هبط»، وفي (ف) و(ج): «هف ط».

(٢) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٧٦).

(٣) في (ج): «التسبيب».

(٤) انظر المصدر السابق.

ضمِنَ، ولو كان المسجدُ للعشيرةِ، فعلّقَ رجلٌ منهم قِنديلاً، أو جعَلَ فيه بواريَ أو حصاةً، أو حفرَ بئراً، أو وضَعَ خشباً[١]، فعطِبَ به إنسانٌ: لم يضمَنْ، كالوصيِّ إذا فعَلَ ذلك في دار اليتيم أو وليِّ الوقفِ، وإن فعَلَ ذلك من غيرِ العشيرةِ: ضمِنَ عند أبي حنيفةَ، وقالا: لا يضمَنُ في الوجهَين، ولو جلَسَ رجلٌ منهم، فعطِبَ به رجلٌ: لم يضمَنْ إن كان في الصَّلاة، وإن كان في غيرِ الصَّلاةِ: ضمِنَ، وقالا: لا يضمَنُ على كلِّ حالٍ، ولو كانَ جالساً لقراءةِ القرآنِ، أو للتعليمِ، أو للصَّلاةِ، أو نامَ فيه في أثناءِ الصَّلاةِ، أو مرَّ فيه مارًّا، أو قعَدَ فيه لحديثٍ، فهو على الخلافِ، وأمَّا المعتكِفُ فقد قيل: على الخلافِ، وقيل: لا يضمنُ بالاتفاقِ، ولو جلَسَ من غيرِ العَشِيرةِ رجلٌ في الصَّلاة، فتعقَّلَ به إنسانٌ، ينبغِي أنْ لا يضمَنَ.

قال: (**وَإِنْ أَشْرَعَ فِي الطَّرِيقِ رَوْشَنًا، أَوْ مِيزَابًا، فَسَقَطَ عَلَى إِنْسَانٍ فَعَطبَ: فَالدِّيَة عَلَى عَاقِلَتِهِ**[٢]) لما بيَّنَّاه، وكذا لو صبَّ فيه ماءً فزلِقَ به إنسانٌ فعَطِبَ.

قال: (**وَلَا كَفَّارَةَ عَلَى حَافِرِ الْبِئْرِ، وَوَاضِعِ الْحَجَرِ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ**) خلافاً للشافعيِّ[٣]؛ لأنَّه مقتولٌ، فأشبه الخطأ، ولنا: أنَّه ليس بقاتلٍ في الحقيقةِ، فلا يلزمُه الكفَّارةُ، قولُه: مقتولٌ، قلنا: لا نسلِّمُ، بل هو هالكٌ وميِّتٌ وتالفٌ.

قال: (**وَمَنْ حَفَرَ بِئْرًا فِي مِلْكِهِ، فَعَطِبَ فِيهَا إِنْسَانٌ: لَمْ يَضْمَنْ**) لعدمِ التعدِّي.

---

(١) في (ص): «حجراً».

(٢) في (ف) و(ج): «العاقلة».

(٣) انظر: «روضة الطالبين» (٦/ ٣١).

وَالرَّاكِبُ ضَامِنٌ لِمَا وَطِئَت الدَّابَّةُ، وَمَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا، أَوْ كَدَمَتْ، وَلَا يَضْمَنُ مَا نَفَحَتْ بِرِجْلِهَا، أَوْ بِذَنَبِهَا، فَإِنْ رَاثَتْ، أَوْ بَالَتْ فِي الطَّرِيقِ، فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ: لَمْ يَضْمَنْ.

وَالسَّائِقُ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا أَوْ رِجْلِهَا، وَالْقَائِدُ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا، دُونَ رِجْلِهَا.

وَمن قَادَ قِطَارًا: فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا أَوْطَأَ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُ سَائِقٌ: فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا.

قال: (وَالرَّاكِبُ ضَامِنٌ لِمَا وَطِئَت الدَّابَّةُ، وَمَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا، أَوْ كَدَمَتْ) (هـ)[1]: أو رجلِها أو رأسِها أو خبَطَت.

قال: (وَلَا يَضْمَنُ مَا نَفَحَتْ بِرِجْلِهَا، أَوْ بِذَنَبِهَا) والأصلُ فيه أنَّ المرورَ في طريق المسلمين مباحٌ مقيَّدٌ بشرط السلامةِ؛ لأنَّه يتصرَّفُ في حقِّه من وجهٍ، وفي حقِّ غيره من وجهٍ؛ لكونِه مشتركاً بين العامَّة، فقلنا بالإباحة مقيَّداً بشرطِ السلامةِ، ليعتدلَ[2] النظرُ من الجانبَين، ثم إنما يقيَّدُ بشرطِ السَّلامةِ فيما يمكِنُ الاحترازُ عنه، ولا يتقيَّدُ فيما لا يمكِنُ الاحترازُ عنه؛ لِما فيه من سدِّ باب التصرُّفِ والحرجِ العظيمِ، والاحترازُ عن الإيطاءِ وما يُضاهِيهِ ممكنٌ، فقيَّدناه بشرطِ السَّلامةِ، والاحترازُ عن النفخةِ بالرجلِ والذنَبِ غيرُ ممكنٍ معَ السيرِ على الدابَّة، فلم نقيِّدْه به، وإن أوقعَها في الطَّريقِ: ضَمِنَ النَّفخةَ أيضاً؛ لأنَّه متعدٍّ في الإيقافِ.

---

(١) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٧٩).

(٢) في (ج): «ليعدل».

(جص ه)[١]: ولو أصابت بيدها أو رجلِها حصاةً أو نواةً أو أثارَتْ غباراً أو حجراً صغيراً، ففقأَ عينَ إنسانٍ أو أفسَدَ ثوبَه: لم يضمَنْ؛ لتعذُّرِ الاحترازِ عنه، والمرتدِفُ فيما ذكرنا كالراكبِ.

(ط): وقيل لو عنَّفَ على الدابةِ: يضمَنُ ذلك كلَّه.

قال: (**فَإِنْ رَاثَتْ، أَوْ بَالَتْ فِي الطَّرِيقِ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ: لَمْ يَضْمَنْ**) لأنَّه من ضرورَةِ السيرِ، وكذا إذا أوقَفَها لذلكَ؛ لأنَّ من الدَّوابِّ ما لا يفعلُ ذلك إلا بالإيقافِ.

(ه)[٢]: وإن أوقَفَها لغيرِه، فعطِبَ إنسانٌ بروثِها أو بولِها: ضَمِنَ؛ لأنَّه متعدٍّ في الإيقافِ؛ لأنَّه ليسَ من ضرورَةِ السيرِ.

قال: (**وَالسَّائِقُ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا أَوْ رِجْلِهَا، وَالْقَائِدُ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا دُونَ رِجْلِهَا**) والمرادُ النفخة، هكذا ذكرَه القُدوريُّ في «مختصره»، وبه بعضُ المشايخ؛ لأنَّ النفخةَ بمرأى عينِ السائق، فيجبُ حفظُها عنها، وغائبٌ عن بصرِ القائدِ، فلا يمكِنُ التحرُّزُ عنه، وقال أكثرُ المشايخ: السائقُ لا يضمَنُ النَّفخةَ أيضاً؛ لأنَّه لا يمكِنُه منعُها عنها، وإن كانَ بمرأًى منه، وهو الأصَحُّ، وقال الشافعيُّ[٣]: يضمَنونَ النفخةَ لإضافةِ فعلِها إليه، ولنا قوله عليه السَّلامُ: «الرِّجلُ جُبارٌ»[٤] أي: النفخةُ بالرِّجل.

(كص): ولم يذكُرْ في «الأصل» قولَه: «دون رجلِها» لأنَّ الحكمَ في الرِّجلِ كالحُكمِ في اليد، وهكذا وقعَ في بعض النُّسَخ.

---

(١) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٧٩).

(٢) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٨٠).

(٣) انظر: «مختصر المزني» (٨/ ٣٧٥).

(٤) رواه أبو داود (٤٥٩٢)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٥٧٥٦)، والبزار في «مسنده» (٧٧٩٩)، وأبو عوانة في «مستخرجه» (٦٣٧١) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(جص): وكلُّ شيءٍ ضمِنَه الراكبُ ضمِنَه السائقُ والقائدُ، إلا أنَّ على الراكبِ الكفَّارةَ فيما أوطأته الدَّابةُ، ويُحرَمُ عن الميراثِ والوَصِيةِ؛ لأنَّه مباشِرٌ للقتلِ دونَ ما سواه، ولا كفَّارةَ عليهما؛ لأنَّهما مسبِّبانِ، ولا يُحرَمانِ أيضاً، ولو كان راكبٌ وسائقٌ، قيل: لا يضمَنُ السائقُ ما وطِئَته الدابةُ؛ لأنَّ الراكبَ مباشِرٌ، والإضافةُ إلى المباشِرِ أَولى، وقيل: الضمانُ عليهما.

قال: (وَمَن قَادَ قِطَارًا: فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا أَوْطَأَ) لأنَّ سيرَه مضافٌ إليه.

قال: (فَإِنْ كَانَ مَعَهُ سَائِقٌ: فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا) لأنَّ على كلِّ واحدٍ منهما حفظَه، وقد أمكَنَه ذلك؛ لأنَّ قائدَ الواحدِ قائدٌ للكلِّ، وكذا سائقُه لاتِّصالِ الأزِمَّةِ.

(هـ)[1]: وهذا إذا كان السائقُ في جانبٍ من الإبل، أمَّا إذا توسَّطَها: يضمَنُ ما عطِبَ مِّما[2] هو خلفَه، ويضمَنانِ ما تلِفَ بما بين يدَيه، ولو ربطَ رجلٌ بعيراً بالقِطارِ، والقائدُ لا يعلمُ، فوطِئَ المربُوطُ إنساناً فقتَلَه، فعلى عاقلةِ القائدِ الديةُ؛ لأنَّه يمكِنُه حِفظُ قطارِه عن ربطِ غيرِه، ثم يرجِعونَ بها على عاقلةِ الرابطِ؛ لأنَّه أوقعَهم في هذه العُهدَةِ، وإنما لا يجبُ الضَّمانُ عليهما في الابتداءِ مع أنَّ كلَّ واحدٍ منهما مسبِّبٌ؛ لأنَّ الربطَ من القيادةِ بمنزلةِ التسبُّبِ من المباشَرة؛ لاتصالِ التَّلفِ بالقودِ دونَ الربطِ، وإنما يرجِعُون إذا ربطَه والقطارُ يسيرُ، وأمَّا إذا ربَطَه والإبلُ قيامٌ ثم قادَها: يضمَنُ القائدُ، ولا يرجِعُ بما لحِقَه من الضَّمانِ عليه.

(ط): جنايةُ الدابةِ على ثلاثةِ أوجُه: في مِلكِ صاحبِها، أو في مِلكِ غيره، أو في طريقِ المسلمين، فإن كانَ في مِلكِ صَاحبِها ولم يكُنْ صاحبُها معها: لا يضمَنُ، واقفةً كانت أو سائرةً، وطِئتْ أو نفخَتْ أو كدَمَت، وإن كان معها قائداً أو سائقاً: فكذلكَ في

---

(١) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٨٢).

(٢) في (ص) و(ف): «بما».

الوجوهِ كلِّها، وإن كانَ راكباً: يضمَنُ بالوَطءِ دونَ غيرِه، وأمَّا إذا كانت في مِلكِ الغيرِ[١]، فإن دخلَتْ فيه بغيرِ إدخالِ صاحبِها بأن كانت متفلِّتةً[٢]: لم يضمَنْ، وإن دخلتْ بإدخَالِه: يضمَنُ في الوجوه كلِّها، وأمَّا إذا كانت في طريقِ المسلمين، فإن كانت واقفَةً بإيقافِه: يضمَنُ في الوجوهِ كلِّها، وإن كانت سائرةً ولم يكُنْ صاحبُها معها وهي تَسيرُ بإرسالِه: ضَمِنَ ما دامَتْ تسيرُ في وجهِها لم تسِرْ يميناً وشمالاً، وإن سارَتْ لا بتسييرِه كالمتفلِّتةِ: لم يضمَنْ في الوجوه كلِّها، وإن سيَّرَها صاحبُها، فإن كان راكباً: يضمنُ ما وطئت أو كدَمَت دونَ ما نفخَتْ بيدِها أو رِجلِها، وكذا القائدُ، وأمَّا السائقُ: فيضمَنُ ما ضمِنَه القائدُ، وقال القُدوريُّ وبه مشايخُ العراق: يضمَنُ النفخةَ أيضاً، وقيل: لا يضمَنُ، وبه مشايخُنا، وذكر محمدٌ رحمه الله في «الأصل» ما يدلُّ على القولَين، فيُتأملُ عند الفتوى.

(قد): أوقَفَ دابَّتَه على بابِ المسجدِ الأعظَمِ أو غيرِه، فنفحَتْ إنساناً: ضمِنَ، إلا إذا عيَّنَ الإمامُ موقِفاً عندَ بابه لإيقافِ الدوابِّ: فلا ضمانَ عليه فيما حدثَ منها، وكذا لو أوقفَها في سوقِ الدَّوابِّ: لا يضمَنُ، وعلى هذا السفينةُ المربُوطةُ في الشطِّ، ولو أوقفَها على بابِ السُّلطانِ، قال محمدٌ: يضمَنُ ما أصابتْه، ولو أوقَفَها في أرضٍ أو دارٍ مشترَكةٍ: يضمَنُ النصفَ قياساً، كما في الحفرِ والبناءِ فيها، ولا يضمَنُ شيئاً استحساناً، وقيل: إذا أوقَفَها في موضِعٍ لا يوقَفُ فيه الدوابُّ: يضمنُ قياساً واستحساناً، ولو أوقَفَها ولم يربِطْها، فسارَتْ عن ذلك المكان وأتلفَتْ شيئاً: لم يضمَنْ، وكذا إذا ربطَها فانحلَّتْ وسارَتْ[٣] عن مكانِها، وإلا: يضمنُ، ولو ضربَها الراكبُ في الطريق أو كبَحَها، فضربت برِجلِها أو ذنَبِها: لم يضمَنْ، ولو نخَسَها أو ضربَها رجلٌ بغير إذنِ الراكبِ، فنفحت في فَورِها أو وثبَتْ: يضمنُ الناخسُ، وإلا: فلا.

---

(١) في (ش): «غيره».

(٢) في (ف) و(ج): «منفلتة».

(٣) في (ج): «وزالت».

ولو نفحَتِ الناخسَ: فدَمُه هدرٌ، ولو ألقَتْ صاحبَها فقتلَتْه أو رجلاً آخَرَ: فالضَّمانُ على الناخسِ، ولو نخَسَها بإذنِ الراكبِ وهي تسيرُ: لا يضمنُ أحدٌ ما نفحَتْ، وما وطئته[1]، فالضَّمانُ عليهما نصفان[2] إذا وطئَتْه في فورِ النخسِ، ولا يرجِعُ الناخسُ على الراكبِ، بخلاف مولى العبدِ المحجورِ إذا نخَسَها بإذنِ الراكبِ، فإنه يرجِعُ عليه بما يضمَنُ دونَ المأذونِ، ولو كان الناخسُ عبداً فضمَانُه في رقبتِه يدفعِه مولاهُ أو يفدِيه، محجُوراً كان أو مأذُوناً، والصبيُّ والحرُّ والبالغُ فيه سواءٌ. والجوابُ في الأمر بالسَّوقِ والقودِ كالجوابِ في الأمرِ بالنَّخسِ، ولو كان الآمرُ والمأمورُ عبدَين فالضَّمانُ عليهما، مأذونَين كانا أو محجُورَين، أو أحدُهما مأذُوناً والآخَرُ محجوراً، ولا يرجِعُ مولى العبدِ المأمورِ المأذونِ على الآمرِ أو مُولاه بشيءٍ.

(م)[3]: أوقفَ دابّتَه في الطريقِ، ونخسَها غيرُه بأمرِه، فقتلَتْ رجلاً وطرحَتِ الآمرَ فقتلَتْه: فدِيةُ الأجنبيِّ عليهما، وديةُ الآمرِ هدرٌ، ولو سارت ثمَّ قتلَتْ في فَورِ النَّخْسةِ[4]: فالديةُ على الناخسِ دونَ الراكبِ، ولو لم يسِرْ فنفحَتِ الناخسَ وأجنبياً فقتلَتْهما: فديةُ الأجنبيِّ عليهما، ونصفُ ديةِ الناخسِ على الراكبِ، ولو وقفَتْ هي بنفسِها، فنخسَها هو أو غيرُه، فنفحَتْ رجلاً فقتلَتْه: فلا شيءَ عليهما، ولو ركِبَها صبيٌّ بأمرِ أبيه، فالجوابُ فيه كالجوابِ في الكبيرِ، ولو ركِبَها بغيرِ إذنِه فالضَّمانُ على النَّاخسِ دونَ الراكبِ؛ لأنَّ أمرَه باطلٌ.

---

(١) في (ف): «وطئت».

(٢) قوله: «نصفان» ليس في (ش)، وفي (ج): «نصفين».

(٣) انظر: «البحر الرائق» (٨/ ٤٠٨).

(٤) في (ج): «النخس».

(م)[١]: ولو عثَرَت بحجرٍ وضعَه رجلٌ في الطريقِ، أو بدكَّانٍ بناه آخرُ، أو بماءٍ صبَّه فأتلفت إنساناً، فالضَّمانُ على مَن وضَعَ وبنى وصبَّ دونَ الراكبِ.

(م تح): أصابت العَجَلةُ صبياً فكسرَتْ رجلَه، وصاحبُها راكبٌ وقال: كنتُ نائماً: يضمنُ، ولو وضع البيَّاعُ خابيتَه في الشارعِ من السُّقراطِ ونحوِه، ورجعَ الفاواذق[٢] بالعجَلةِ إلى السِّكةِ فانكسَرَت، وكانت في غير جانبِه فما رآها: يضمَنُ.

(قخ): ولو وضعَ خابيتَه على باب دُكَّانِه، فجاء رجلٌ بوَقْرِ حمارٍ شَوكٍ، فصادَمَها بغتةً، وكان يقولُ: إليكِ إليكِ، فكسَرَها: يضمنُ.

(ط): يعذَرُ ولم يضمَنْ إذا لم يعلَمْ ذلك، وإلا: فيضمنُ.

(ن): قصَّارٌ أقامَ حماراً على الطريقِ عليه ثيابٌ، فصدمَه راكبٌ فمزَّقَها: يضمَنُ إن كانَ يبصرُ الحمارَ والثيابَ، وإلَّا: فلا، قال أستاذُنا فخرُ الأئمَّة البديعُ رضي الله عنه: إلا أنَّ ما أفتَى به (تح قخ): من الضمانِ مطلقاً حسَنٌ؛ لأنَّه حكى في (ط) بعدَ هذا عن أبي اللَّيثِ عن أصحابِنا خلافَ ما ذُكرَ ههنا، ثم قال: ولكن لو أفتى بما ذكَرْنا مُفْتٍ: فلا بأسَ؛ يعني: بالتَّفصيلِ.

(شم): جاء رجلٌ بأحمرةٍ إلى قنطَرةٍ ليُعيرَها[٣]، وجاء صبيٌّ من جانبٍ آخرَ مع العجَلةِ[٤]، فقال له راعي الحُمرِ: أمسِكِ العجَلةَ حتى تمُرَّ الأحمِرةُ[٥]، فلم يمكِنْه

---

(١) انظر: «البحر الرائق» (٨/ ٤١٠).

(٢) في (ج): «الفوَّاذَق».

(٣) في (ج): «ليعبر بها».

(٤) في (ش): «بالعجلة».

(٥) في (ج): «الحمر».

إمساكُها، فمضَتْ ودفعَتْ حماراً إلى النهرِ وتلِفَ: لم يضمَنْ الصبيُّ، وكذا راعِي الحمرِ إذا لم يمكِنْه إمساكُها، وإلا: يضمنُ.

(ط): ولو أوقَفَ دابَّتَه فيها، فجاء رجلٌ آخرُ وركِبَها، فنفحَتْ إنساناً وقتَلَتْه: فالضَّمانُ عليهما، وكذا لو أوقفَها ثمَّ أمرَ غيرَه بالنَّخسِ، فنخسَها فقتَلَت، ولو أذِنَ غيرُه أن يدخُلَ دارَه وهو راكبٌ، فوطئت شيئاً فأتلفَتْه: يضمنُ، ولو كانَ سائقاً أو قائداً: لا يضمنُ؛ لأنَّه مسبِّبٌ، والأولُ مباشِرٌ، ولو أدخَلَ بعيراً مغتلِماً في دارِ رجلٍ فيها بعيرُه بغيرِ إذنِه فقتَلَه: لم يضمَنْ، وقيل: يضمنُ، وإن أدخَلَه بإذنِه: لم يضمَنْ بالاتفاقِ، وبه يُفتى، ولو ربطَ حمارَه في موضعٍ ثمَّ ربَطَ آخرُ حمارَه فيه أيضاً، فعضَّ أحدُهما الآخَرَ، فهي معَ تفاصيلِها في عطَبٍ.

(ط هـ)[1]: أرسَلَ بهيمةً وكان لها سائقاً، فأصابَتْ في فَورِها: ضمِنَ، ولو أرسَلَ طيراً أو ساقَه، فأصابَ في فورِه: لم يضمَنْ، وكذا الكلبُ إذا لم يكُنْ له سائقاً، وعن أبي يوسُفَ: يضمَنُ في كلِّه احتياطاً لأموالِ الناسِ.

(ص): أرسلَ دابَّةً في طريقِ المسلمين: يضمنُ ما أصابَتْ في فورِها ما دامت تسيرُ على سَننِها، ولو انعطفَتْ يَمنةً أو يَسرةً، انقطع حُكمُ الإرسالِ إلا إذا لم يكُنْ له طريقٌ آخَرُ سواه، وكذا إذا وقفَتْ ثمَّ سارَتْ، ولو أرسلَ كلباً إلى صيدٍ فأصابَ إنساناً: لم يضمَنْ، وفي الإرسالِ في الطريقِ يضمَنُه، ولو أرسلَ بهيمَةً فأفسدَتْ زَرْعاً على فورِه: ضمِنَ، وإن مالَتْ يَمنةً أو يَسرةً وله طريقٌ آخَرُ: لم يضمَنْ، ولو انقلبَتْ[2] فأصابَتْ مالاً أو آدمياً، ليلاً أو نهاراً: لم يضمَنْ، قال عليه السَّلامُ: «جُرحُ العَجْماءِ جُبارٌ»[3]، وفي عين

---

(١) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٨٢).

(٢) في (ج): «انفلتت».

(٣) رواه البخاري (٦٩١٢)، ومسلم (١٧١٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه بلفظ: «العجماء جرحها جبار...».

الشاةِ للقصَّابِ: ضمانُ النُّقصانِ، وفي عينِ بقَرةِ الجزَّارِ وجَزُورِه وعينِ الحمارِ والبغلِ والفرَسِ: رُبعُ القيمَةِ بقضَاءِ النَّبيِّ عليه السَّلامُ وعمرَ به[١].

وَإِذَا جَنَى الْعَبْدُ جِنَايَةَ خَطَأٍ: قِيلَ لِمَوْلَاهُ: إِمَّا أَنْ تَدْفَعَهُ بِهَا أَوْ تَفْدِيَهُ، فَإِنْ دَفَعَهُ: مَلَكَهُ وَلِيُّ الْجِنَايَةِ، وَإِنْ فَدَاهُ: فَدَاهُ بِأَرْشِهَا، فَإِنْ عَادَ فَجَنَى: كَانَ حُكْمُ الْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ حُكْمَ الجِنَايَةِ الْأُولَى.

قال: (**وَإِذَا جَنَى الْعَبْدُ جِنَايَةَ خَطَأٍ: قِيلَ لِمَوْلَاهُ: إِمَّا أَنْ تَدْفَعَهُ بِهَا أَوْ تَفْدِيَهُ**) وقال الشافعيُّ رحمه الله[٢]: جنايتُه في رقَبتِه يُباعُ فيها إلا أن يقضيَ المولى الأرشَ، ويظهَرُ فائدتُه في اتِّباعِ الجاني بعد العتقِ، والمسألةُ مختلفةٌ بين الصَّحابةِ رضي الله عنهم، له: أنَّ الأصلَ أن تجبَ موجِبُ الجنايةِ على الجاني كما في الجنايةِ على المالِ، ولنا: أنَّ الأصلَ في الخطأ وجوبُ الديةِ على العاقلةِ؛ لأنَّه معذورٌ كالحرِّ، ولا عاقلةَ للعبدِ سوى مولاهُ؛ لأنَّه ناصِرُه، بخلافِ المالِ؛ لأنَّه لا تَعقِله العاقلةُ، لكنه يتخيَّرُ بين الدَّفعِ والفداءِ تحقيقاً لوَحدتِه[٣]، والصَّحيحُ أنَّ الواجبَ الأصليَّ هو الدفعُ، ولهذا يسقُطُ بموتِ العبدِ لفواتِ محلِّه، والفداءُ كالقيمةِ في الزكاةِ.

قال: (**فَإِنْ دَفَعَهُ: مَلَكَهُ وَلِيُّ الْجِنَايَةِ، وَإِنْ فَدَاهُ: فَدَاهُ بِأَرْشِهَا**) (هـ)[٤]: وكلُّ ذلك

---

(١) حديث قضاء رسول الله ﷺ رواه الطبراني في «المعجم الكبير» (٥/ ١٣٨) (٤٨٧٨) من حديث زيد بن ثابت رضي الله عنه.

وأثر قضاء عمر رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٧٧٤٨)، وسعيد بن منصور في «سننه» (١٩٦١)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ١٦٩) (١٦٣١٣) عن شريح.

(٢) انظر: «مغني المحتاج» (٥/ ٣٦٤).

(٣) في (ج): «لوجوبه».

(٤) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٨٥).

يلزمُه حالًّا، أمَّا الدفعُ فلأنَّ التأجيلَ في الأعيانِ باطلٌ، وأمَّا الفداءُ فلأنَّه بدلٌ عن العبدِ، فيأخُذُ حُكمَه، فيجِبُ حالًّا كالمبدَلِ، ولا خيارَ لوليِّ الجنايةِ؛ لأنَّه متى خلَّى المولى بينَ الجاني وبينَه: سقطَ حقُّه؛ لأنَّه وصلَ إليه، وأمَّا الفداءُ فلا حقَّ له فيه، فإنْ لم يختَرْ شيئاً حتى ماتَ العبدُ: سقطَ حقُّه لِما مرَّ، وإن ماتَ بعدَ اختيارِ الفداءِ: لا يسقُطُ؛ لتحوُّلِ حقِّه إلى ذمَّةِ المولى.

قال: (**فَإِنْ عَادَ فَجَنَى: كَانَ حُكْمُ الْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ حُكْمَ الجناية الْأُولَى**) معناه: بعدَ الفداءِ؛ لأنَّه لمَّا طُهِّر عن الجنايةِ بالفِدَاءِ جُعِلَ كأنْ لم يكُنْ.

وَإِنْ جَنَى جِنَايَتَيْنِ: قِيلَ لِلْمَوْلَى: إِمَّا أَنْ تَدْفَعَهُ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَتَيْنِ يَقْتَسِمَانِهِ عَلَى قَدْرِ حَقَّيْهِمَا، وَإِمَّا أَنْ تَفْدِيَهُ بِأَرْشِ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا، فَإِنْ أَعْتَقَهُ الْمَوْلَى وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِالْجِنَايَةِ: ضَمِنَ الْأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ، وَمِنْ أَرْشِهَا وَإِنْ بَاعَهُ أَوْ أَعْتَقَهُ بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْجِنَايَةِ: ضَمِنَ الْأَرْشُ.

قال: (**وَإِنْ جَنَى جِنَايَتَيْنِ: قِيلَ لِلْمَوْلَى: إِمَّا أَنْ تَدْفَعَهُ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَتَيْنِ يَقْتَسِمَانِهِ عَلَى قَدْرِ حَقَّيْهِمَا، وَإِمَّا أَنْ تَفْدِيَهُ بِأَرْشِ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا**) لأنَّ تعلُّقَ الأولى برقَبتِه لا يمنعُ تعلُّقَ الثانيةِ بها كالدُّيونِ المتلاحقَةِ، ولأنَّ مِلكَ المولى لا يمنعُ تعلُّقَ الجنايةِ، فلأنْ لا تمنَعَ الأولى الثانيةَ أَولى، وإن كانوا جماعةً يقتسِمونَ العبدَ على قدْرِ حِصَصِهم، وإن فداهُ: فداهُ بجميعِ أُروشِهم، ولو قتَلَ واحداً وفقأَ عينَ آخَرَ يقسَمُ بينهما أثلاثاً، وعلى هذا حُكمُ الشَّجات، وللمَولى أن يفدِيَ من بعضِهم ويدفَعَ حصَّتَه إلى الآخرِ؛ لأنَّها جناياتٌ مختلِفةٌ لاختلافِ أسبابِها، بخلافِ ما إذا فدَى من أحدِ ورَثةِ المقتولِ دونَ الباقينِ لاتحادِ الجنايَةِ.

قال: (**فَإِنْ أَعْتَقَهُ الْمَوْلَى وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِالْجِنَايَةِ: ضَمِنَ الْأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ، وَمِنْ**

أَرْشِهَا وَإِنْ بَاعَهُ أَوْ أَعْتَقَهُ بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْجِنَايَةِ ضَمِنَ الْأَرْشُ) لأنَّ في الأولِ فوَّتَ حقَّه فيضمنُه، وحقُّه في أقلِّهما، ولا يصيرُ مختاراً للفداءِ؛ لأنَّه لا اختيارَ بدونِ العلمِ، وفي الثاني صارَ مختاراً؛ لأنَّ الإعتاقَ يمنعُه من الدَّفعِ، والإقدامُ على منعِ أحدِهما اختيارٌ للآخَرِ.

(هـ)[1]: وعلى هذين الوجهَين البيعُ والهبةُ والتَّدبيرُ والاستيلادُ؛ لأنَّه يمنعُ الدَّفعَ لزوالِ مِلكِه، بخلافِ الإقرارِ على روايةِ «الأصلِ»؛ لأنَّ المقرَّ له يخاطَبُ بالدفعِ أو الفداءِ؛ لأنَّه ليسَ فيه نقلُ الملكِ لاحتمالِ صدقِه، وألحقَه الكَرخيُّ بالبيعِ لزوالِ مِلكِه ظاهراً، وإطلاقُ الجوابِ في «الكتاب» ينتظِمُ النفسَ وما دونَها، وإطلاقُ البيع ينتظمُ البيعَ بشرط الخيار للمشتري بخلاف خيارِ البائعِ، ولو باعَه بيعاً فاسداً لم يصِرْ مختاراً حتى يسلِّمَه، ولو كاتَبه كتابةً فاسدةً صارَ مختاراً؛ لأنَّ مُوجبَها يثبُتُ قبلَ قبضِ البدَلِ، ولو باعَه من المجنيِّ عليه فهو مختارٌ، بخلافِ ما إذا وهَبه منه؛ لأنَّ المستحَقَّ أخذُه بغيرِ عوضٍ، وذلك في الهبَةِ دونَ البيعِ، وإعتاقُ المجنيِّ عليه بأمرِ المولى بمنزلَةِ إعتاقِ المولى؛ لأنَّ فعلَ المأمورِ مضافٌ إلى الآمرِ، ولو ضربَه بعدَ العلمِ فنقَصه فهو مختارٌ؛ لأنَّه حبسَ جزءاً منه، وكذا وطءُ البكرِ دونَ الثيِّبِ، إلا إذا أعلَقَها، وبخلافِ التزوُّجِ[2]؛ لأنَّه عيبٌ حكميٌّ، وبخلافِ الاستخدامِ؛ لأنَّه لا يختَصُّ بالملكِ، ولهذا لا يسقُطُ به الخيارُ، ولا يصيرُ مختاراً بالإجارَةِ والرهنِ في الأظهرِ، وكذا بالإذنِ في التِّجارةِ وإن ركِبَه ديونٌ؛ لأنَّ الإذنَ والدَّينَ لا يمنعُ الدَّفعَ، ولو قال لعبدِه: إن قتَلتَ فلاناً أو رمَيتَه أو شجَجتَه فأنت حرٌّ، فهو مختارٌ للفداءِ خِلافاً لزُفَر.

---

(١) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٨٦).

(٢) في (ف) و(ج): «التزويج».

وَإِذَا جَنَى الْمُدَبَّرُ أَوْ أُمُّ الْوَلَدِ جِنَايَةً خطأً: ضَمِنَ الْمَوْلَى الْأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِمَا، ومن أرشِهِما، فَإِنْ جَنَى أُخْرَى، وَقَدْ دَفَعَ الْمَوْلَى الْقِيمَةَ إلى الْأَوَّلِ بِقَضَاءِ قَاضٍ: فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، ويَتْبَعُ وَلِيُّ الْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ وَلِيَّ الْجِنَايَةِ الْأُولَى، فَيُشَارِكُهُ فِيمَا أَخَذَ، وَإِنْ كَانَ الْمَوْلَى دَفَعَ الْقِيمَةَ لِلْأَوَّلِ بِغَيْرِ قَضَاءٍ، فَالْوَلِيُّ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ اتَّبَعَ الْمَوْلَى، وَإِنْ شَاءَ اتَّبَعَ وَلِيَّ الْجِنَايَةِ الْأُولَى.

قال: (**وَإِذَا جَنَى الْمُدَبَّرُ أَوْ أُمُّ الْوَلَدِ جِنَايَةً خطأً: ضَمِنَ الْمَوْلَى الْأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِمَا، ومن أرشِهِما**)؛ لأنَّ أبا عبيدةَ رضي الله عنه قضَى بجنايةِ المدبَّر على مَولاه[1]، ولأنَّه صارَ مانعاً من الدَّفعِ بالتَّدبيرِ أو الاستيلادِ مِن غيرِ اختيَارِه الفِداءَ، فصارَ كما لو فعلَه[2] بعدَ الجنايةِ ولم يعلَمْ بها، وإنما يجبُ الأقلُّ؛ لأنَّه لا حقَّ لوليِّ الجنايةِ في الأكثرِ، ولا يتخيَّرُ بين الأقلِّ والأكثرِ لعدَمِ الفائدَةِ في جنسٍ واحدٍ، بخلافِ القِنِّ؛ لأنَّ الرغَباتِ صادِقةٌ في الأعيانِ، وإنْ توالَتْ جنَاياتٌ وكثُرَتْ: لا توجِبُ إلا قيمةً واحدةً؛ لأنَّه لم يمنَعْ بالتَّدبيرِ إلَّا رقبةً واحدةً، ولأنَّ دفعَ القيمَةِ كدَفعِ العبدِ، وإنَّه لا يتكرَّرُ فيتضاربون بالحصَصِ، وتعتبَرُ قيمتُه لكلِّ واحدٍ حالَ الجنايةِ عليه لتحقُّقِ المنعِ في هذا الوقتِ.

(ط): حتى لو قتلَ رجـلاً خطأً وقيمتُه ألفُ درهمٍ، ثم قتلَ آخرَ وكان قيمتُه ألفانَ، ثمَّ انتقصَ فصارَ خمسَمِائةٍ، ثم قتل ثالثاً، فللثاني ألفُ درهمٍ بلا مزاحَمة، ويشتركُ الأولُ والثاني في خمسِمِائةٍ بقدرِ حقِّهما على تسعةَ عشرَ؛ عشَرةٌ للأول وتسعةٌ للثاني، والباقِي بينَ الثلاثةِ يتضاربُون فيها على قَدْرِ حقُوقِهم، فيضرِبُ كلُّ واحدٍ منهم بتمامِ ديتِه إلا ما وصلَ إلى الثاني في المرتَين والأولِ في المرةِ الواحدَةِ، وإذا اختلفَ المولى

(١) رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٧٣٢٦).

(٢) في (ج): «قطعه».

ووليُّ الجنايةِ في قيمتِه: فالقولُ للمَولى في الظاهرِ، وعن أبي يوسُفَ: أنَّهما يتحالفَانِ.

قال: (**فَإِنْ جَنَى أُخْرَى، وَقَدْ دَفَعَ الْمَوْلَى الْقِيمَةَ إلى الْأَوَّلِ بِقَضَاءِ قَاضٍ: فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ**) لأنَّه مجبورٌ على الدفعِ.

قال: (**ويَتْبَعُ وَلِيُّ الْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ وَلِيَّ الْجِنَايَةِ الْأُولَى، فَيُشَارِكُهُ فِيمَا أَخَذَ**) لأنَّ الأولَ قبضَ ما يتعلَّقُ به حقُّ الثاني، فيشارِكُه فيه، كالوصيِّ دفعَ التركةَ إلى الغرَماءِ بقضاءٍ، ثمَّ ظهرَ غريمٌ يشاركُهم فيها، كذا هنا.

قال: (**وَإِنْ كَانَ الْمَوْلَى دَفَعَ الْقِيمَةَ لِلْأَوَّلِ بِغَيْرِ قَضَاءٍ، فَالْوَلِيُّ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ اتَّبَعَ الْمَوْلَى، وَإِنْ شَاءَ اتَّبَعَ وَلِيَّ الْجِنَايَةِ الْأُولَى**) فإن اتَّبعَ المولى رجعَ المولى بما دفعَ إليه على وليِّ الجنايةِ الأولى؛ لأنَّه ظهرَ أنَّه دفعَ إليه ما لم يكُنْ حقًّا له، وهذا كلُّه قولُ أبي حنيفَةَ، وقالا: لا شيءَ على المولى؛ لأنَّه حين دفعَ لم تكُنِ الجنايةُ الثانيةُ موجُودةً، فقد دفعَ الحقَّ إلى مستحقِّه، فصارَ كالدفعِ بقضاءٍ، له: أن المنعَ يستندُ إلى التدبيرِ، كأنَّه دبَّره بعدَ الجنايةِ الثانيةِ: فله اتِّباعُ المولى، وإنْ دفعَه بقضاءٍ زالَتْ يدُه بغيرِ اختيارِه: فلا يضمَنُ، بخلافِ الدَّفعِ برضَاه، كالوَصِيِّ دفَعَ التركةَ إلى بعضِ الغرَماءِ بقضَاءٍ أو رضا.

(ك): وأمُّ الولدِ كالمدبَّرِ في جميعِ هذه الأحكامِ؛ لتحقُّقِ المنعِ بالاستيلادِ السَّابقِ، وإقرارُ المدبَّر بجنايةٍ خطأٍ: لا يلزمُه، ولا المولى شيئاً كالعبدِ، ولو ماتَ المدبَّر أو عَمِيَ: لا تبطُلُ القيمَةُ عن المولى؛ لوجُوبها في ذمَّتِه، وأمَّا المكاتَبُ فحكمُ جنايتِه عليه دونَ مولاهُ: يلزَمُه الأقلُّ من قيمَتِه ومِن أرشِها، ثمَّ جنايتُه تتعلَّقُ برقَبتِه، حتى لو عجَزَ يقالُ للمَولى: ادفَعْه أو افدِه، وعندَ زُفَر: بذِمَّتِه حتى يباعَ فيه لو عجَزَ، ولو جنى جناياتٍ قبل العجْزِ، فعندنا: يقضِي بقيمةٍ واحدةٍ، وعندَه: بها جميعاً.

(هـ جـ ص)[١]: ولـو غصـبَ صبيًّـا حـرًّا، فمـاتَ فـي يـدِه فجـأةً، أو بحُمَّـى: فلا شـيءَ عليـه، وإن ماتَ من صاعقةٍ أو نهشَـتْه حيةٌ: فكذلك قياسـاً كالمكاتـبِ الصَّغيرِ، وبـه زُفَـرُ والشـافعيُّ[٢]، وفـي الاستحسـانِ: الدِّيـةُ علـى عاقلـةِ الغاصبِ، كنقلـهِ إلى مسـبَعةٍ[٣] أو مصعَقَةٍ[٤].

وَإِذَا مَالَ الْحَائِطُ إِلَى طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ، فَطُولِبَ صَاحِبُهُ بِنَقْضِهِ، وَأُشْهِدُ عَلَيْهِ، فَلَمْ يَنْقُضْهُ فِي مُدَّةٍ يَقْدِرُ عَلَى نَقْضِهِ فِيهَا حَتَّى سَقَطَ: ضَمِنَ مَا تَلِفَ مِنْ نَفْسٍ أَوْ مَالٍ، وَيَسْتَوِي أَنْ يُطَالِبَهُ بِنَقْضِهِ مُسْلِمٌ أَوْ ذِمِّيٌّ وَإِنْ مَالَ إِلَى دَارِ رَجُلٍ: فَالْمُطَالَبَةُ إِلَى مَالِكِ الدَّارِ خَاصَّةً.

وَإِذَا اصْطَدَمَ فَارِسَانِ، فَمَاتَا: فَعَلَى عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا دِيَةُ الْآخَرِ.

قال: (**وَإِذَا مَالَ الْحَائِطُ إِلَى طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ، فَطُولِبَ صَاحِبُهُ بِنَقْضِهِ، وَأُشْهِدُ عَلَيْهِ، فَلَمْ يَنْقُضْهُ فِي مُدَّةٍ يَقْدِرُ عَلَى نَقْضِهِ فِيهَا حَتَّى سَقَطَ: ضَمِنَ مَا تَلِفَ مِنْ نَفْسٍ أَوْ مَالٍ**) والقياسُ: أن لا يضمنَ؛ لأنَّه لم يباشِرْ تلَفَه، ولا شرطَ تلَفٍ هو متعدٍّ فيه، كما قبلَ الإشهادِ، وجهُ الاستحسانِ: أنَّ الحائطَ لمَّا مالَ إلى الطريقِ، فقد شغلَ هواءَ المسلمين، ورفعُه في يدِه، فإذا طولِبَ بتعريفِه وجبَ عليه، فإذا امتنعَ صارَ متعدِّياً، كمَن وقعَ في حجرِه ثوبُ إنسانٍ فطالبَه به فامتنعَ صارَ متعدِّياً، كذا هذا، بخلافِ ما قبلَ الإشهادِ؛ لأنَّه بمنزلةِ هلاكِ الثَّوبِ قبلَ الطَّلبِ، وما تلِفَ من النُّفوسِ فدِيتُها على العَاقلةِ كالخطأِ، وضمانُ الأموالِ كالبَهائمِ والعُروضِ في مالِه لِما مرَّ.

---

(١) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٤/ ٤٩٦).

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٣٠٦).

(٣) أرض تأوي إليها السباع.

(٤) أي: إلى مكان تنزل فيه الصواعق.

(هـ)[١]: وشرطُ الضَّمانِ طلَبُ النقضِ منه دونَ الإشهادِ، وإنما ذكرَ الإشهادَ ليُتمكَّنَ من إثباتِه عندَ إنكارِه، والإشهادُ أن يقولَ: اشهدُوا أني قد تقدَّمتُ إلى هذا الرجلِ في هدمِ حائطِهِ هذا، ولا يصِحُّ الإشهادُ قبلَ الميلِ لعدمِ التعدِّي، ولو بناهُ مائلاً ابتداءً: يضمَنُ ما تلِفَ بسقوطِهِ مِن غيرِ طلبٍ ولا إشهادٍ، وتقبَلُ شهادةُ رجلٍ وامرأتَين؛ لأنَّها ليست بشهادةٍ على القتلِ، وإنما شُرطَ التركُ في مدةٍ يقدِرُ على نقضِه فيها؛ ليصير بتركِه جانياً.

قال: (وَيَسْتَوِي أَنْ يُطَالِبَهُ بِنَقْضِهِ مُسْلِمٌ أَوْ ذِمِّيٌّ) لأنَّ الناسَ شركاءُ في المرورِ، فاستوَوا في المطالبةِ.

قال: **(وَإِنْ مَالَ إِلَى دَارِ رَجُلٍ: فَالْمُطَالَبَةُ إِلَى مَالِكِ الدَّارِ خَاصَّةً)** لأنَّ الحقَّ له على الخُلوصِ.

(هـ)[٢]: فإن كانَ فيها سكانٌ فلهم المطالبةُ؛ لأنَّ لهم المطالبةَ بإزالةِ ما يشغلُ الدارَ، فكذا بإزالةِ ما يشغلُ هواءها، ولو أجلَّه صاحبُ الدارِ أو أبرأَهُ منها، أو فعلَ ذلك ساكنُوها: جازَ، ولا ضمانَ عليه فيما تلِفَ بالحائطِ؛ لأنَّ الحقَّ لهم، بخلافِ ما إذا مالَ إلى الطريقِ، فأجَّلَه القاضِي أو مَن أشهدَ عليه، حيث لا يصِحُّ؛ لأنَّ الحقَّ لجماعةِ الناسِ، فلا يملِكانِ إبطالَ حقِّهم، ولو باعَ الدارَ بعدما أشهدَ عليه: برِئَ من ضمانِهِ؛ لعدمِ تمكُّنِه من الهدمِ، بخلافِ إشراعِ الجناحِ والكَنيفِ والميزابِ؛ لأنَّه كان جانياً بالوضعِ، ولم ينفسِخْ بالبيعِ: فلا يبرأُ، ولا ضمانَ على المشتري؛ لأنَّه لم يُشهِدْ عليه، ولو أشهَدَ عليه: يضمنُ، لِما مرَّ، والأصلُ فيه أنَّ المطالبةَ تصِحُّ ممَّن يقدِرُ على نقضِه دونَ مَن لا يقدِرُ، حتى لا تَصِحَّ مطالبةُ المرتهِنِ والمستأجِرِ والمودَعِ والمستعيرِ، ويصِحُّ إلى

---

(١) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٧٧).

(٢) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٧٨).

الراهنِ لقدرتِه بواسطةِ الفكِّ، وإلى الوصيِّ، وإلى أبِ اليتيمِ أو أمِّه في حائطِ الصبيِّ؛ لقيامِ الولايةِ.

وذكرَ الإمامُ في (ز): والضمانُ في مالِ اليتيمِ؛ لأنَّ فعلَ هؤلاءِ كفعلِه، وإلى المكاتَبِ؛ لأنَّ الولايةَ له وإلى العبدِ التاجرِ، سواءٌ كانَ عليه دَينٌ أو لم يكُنْ، ثم التالفُ إن كانَ مالاً: ففي رقبةِ العبدِ، وإن كانَ نفساً: فعلى عاقلةِ المولى، ويصِحُّ التقدُّمُ إلى أحدِ الورثَةِ في نصيبِه، ولو سقطَ[1] بعدَ الإشهادِ على إنسانٍ فقتَلَه، ثم عثَرَ به آخرُ فماتَك لا يضمَنُه، ولو عثَرَ على نقضِه فماتَ: يضمنُ؛ لأنَّ تعريفَه عن الميتِ على أوليائِه، وعن النقضِ عليه، ولو عطِبَ بجرَّةٍ كانت على الحائطِ، فسقَطَ بسقوطِه، إن كانت الجرةُ مِلكَه: ضمِنَ؛ لأنَّ تعريفَه عليه، وإلَّا: فلا، ولو كانَ الحائطُ بين خمسةٍ، فأشهدُوا على أحدِهم، فخمُسُ الدِّيةِ على عاقلتِه دونَ غيرِهم، وكذا لو كان الدار بين ثلاثةٍ، فحفرَ أحدُهم فيها بئراً، أو بنَى حائطاً، فعطِبَ به إنسانٌ: يضمنُ ثلُثي الديةِ، فيُقسَمُ بقدْرِ الملك، وقالا: عليه نصفُ الدِّيةِ في الفصلَين، كمَنْ جرَحَ إنساناً وعقَرَه أسدٌ ونهشَتْه حيةٌ ونطحَه ثورٌ، فماتَ من ذلك كلِّه: فعلى الجارحِ نصفُ الدِّيةِ، كذا هذا.

قال: (**وَإِذَا اصْطَدَمَ فَارِسَانِ، فَمَاتَا: فَعَلَى عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا دِيَةُ الْآخَرِ**) لأنَّ موتَ كلِّ واحدٍ منهما مضافٌ إلى صاحبِه.

(شس): وكذا الماشيان. (ت): هذا إذا وقعَ كلُّ واحدٍ منهما على قفاهُ، أمَّا إذا وقَعا على وجهِهما: فلا شيءَ فيه، وكذا إذا وقَعَ أحدُهما على وجهِه؛ لهلاكِه بفعلِه.

---

(١) في (ج): «شهد»، وفي الهامش في نسخة: «سقط».

وَإِذَا قَتَلَ رَجُلٌ عَبْدًا خَطَأً: فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ، لَا يُزَادُ عَلَى عَشَرَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ عَشَرَةَ آلَافٍ أَوْ أَكْثَرَ: قُضِيَ عَلَيْهِ بِعَشَرَةِ آلَافٍ إِلَّا عَشَرَةَ دَرَاهِمَ، وَفِي الْأَمَةِ إِذَا زَادَتْ قِيمَتُهَا عَلَى الدِّيَةِ: خَمْسَةُ آلَافٍ إِلَّا عَشَرَةً.

وَفِي يَدِ الْعَبْدِ: نِصْفُ قِيمَتِهِ لَا يُزَادُ عَلَى خَمْسَةِ آلَافٍ إِلَّا خَمْسَةً، وَكُلُّ مَا يُقَدَّرُ مِنْ دِيَةِ الْحُرِّ: فَهُوَ مُقَدَّرٌ مِنْ قِيمَةِ الْعَبْدِ.

قال: (**وَإِذَا قَتَلَ رَجُلٌ عَبْدًا خَطَأً: فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ، لَا يُزَادُ عَلَى عَشَرَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ عَشَرَةَ آلَافٍ أَوْ أَكْثَرَ: قُضِيَ عَلَيْهِ بِعَشَرَةِ آلَافٍ إِلَّا عَشَرَةَ دَرَاهِمَ، وَفِي الْأَمَةِ إِذَا زَادَتْ قِيمَتُهَا عَلَى الدِّيَةِ: خَمْسَةُ آلَافٍ إِلَّا عَشَرَةً**) عند أبي حنيفةَ ومحمدٍ وزُفَر، وقال أبو يوسُفَ والشافعيُّ[1]: تجبُ قيمتُهما بالغةً ما بلغَتْ، ولو غصبَ عبداً قيمتُه عشرون ألفاً فهَلَك عندَه: تجبُ قيمتُه بالغةً ما بلغَتْ بالإجماعِ، لهما: أنَّ الضَّمانَ بدلُ الماليَّةِ، ولهذا يجبُ للمَولى فيتقدَّرُ بقدرِها كالغصبِ، ولنا: أنَّ ضمانَ القتلِ الخطأِ بدلُ الآدمية قال الله تعالى: ﴿وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهۡلِهِۦ﴾ [النساء: ٩٢]، لكنْ في العبدِ معنى الماليةِ أيضاً، فتعتبَرُ ماليتُه ما لم يشارِفِ العبدُ درجةَ الحرِّ، فإذا شارفَ اعتبَرْنا الآدميَّةَ منه لتقارُبِه إيَّاه في الشرفِ والقيمَةِ، فأوجبْنا الدِّيةَ توفيراً على الشَّبهَين حظَّهما، لكن نقصْنا من ديةِ الحرِّ عشرةَ دراهم، وكذا في الأمَةِ؛ إظهاراً لانحطاطِ درجةِ الأرقَّاءِ عن درجةِ الأحرارِ، وإنما قدَّر النقصانُ بالعشرَةِ بأثرِ ابنِ مسعودٍ رضي الله عنه[2]، ولأنَّ العشَرةَ مالٌ معتبَرٌ شرعاً تُقطَعُ بها

---

(١) انظر: «التنبيه» (٢٢٧)، و«بحر المذهب» (١٢/ ١٨).

(٢) نسب في «الهداية» لابن عباس، وضعف مخرجه العيني في «البناية شرح الهداية» (١٣/ ٣٠٢) ونقل =

اليـدُ، ويستحَلُّ بها الفـرجُ بخلافِ الغصـبِ؛ لأنَّه لا يـرِدُ إلا علـى الماليَّةِ.

قلتُ: وما وقع في بعض نُسخِ «مختصر القُدوريِّ»: «وفي الأمَةِ خمسةُ آلافٍ إلا خمسةً» خلافُ الظاهرِ، والمنصوصُ في عامَّة الأصولِ والشروحِ التي ظفَرتُ بها: «إلَّا عشَرةً».

وفي **(شط)**: وفي روايةٍ: «إلا خمسةً». **(بط)**: وروى الحسنُ عن أبي حنيفةَ: أنَّه يجِبُ فيها خمسةُ آلافٍ إلا خمسةً، والصَّحيحُ ما ذكرنا؛ يعني: إلا عشَرةً، وعن أبي يوسُفَ: يجِبُ قيمتُها بالغةً ما بلغَتْ، وهو أحدُ قولي الشافعيِّ رحمه الله[١] بناءً على أنَّ الواجبَ عندنا ضمانُ النفسِ، حتى يجبَ على العاقلةِ مؤجَّلاً إلى ثلاث سنين، وعندهما: ضمانُ المالِ حتى يجبَ في مالِ الجاني.

قال: **(وَفِي يَدِ الْعَبْدِ: نِصْفُ قِيمَتِهِ لَا يُزَادُ عَلَى خَمْسَةِ آلَافٍ إِلَّا خَمْسَةً)** لأن اليدَ من الآدميِّ نصفُه، فيُعتبَرُ بكلِّه، وهو مذهبُ عليٍّ وابنِ عباسٍ[٢].

(ط): نقصانُ خمسةٍ هنا باتِّفاقِ الرِّواياتِ، بخلافِ فصلِ الأمَةِ.

قال: **(وَكُلُّ مَا يُقَدَّرُ مِنْ دِيَةِ الْحُرِّ: فَهُوَ مُقَدَّرٌ مِنْ قِيمَةِ الْعَبْدِ)** لأنَّ القيمةَ في العبدِ كالدِّيةِ في الحرِّ.

(شق)[٣]: وهذا قولُ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ الأولُ، وقال آخراً ـ وهو قولُ محمدٍ وزُفَر ـ: عليه النقصَانُ.

= تصويب كونه عن ابن مسعود رضي الله عنه.

(١) انظر: «بحر المذهب» (١٢/ ١٨).

(٢) وانظر: «النهاية في شرح الهداية» للسغناقي كتاب الديات، فصل في الجناية على العبيد، و«البناية شرح الهداية» (١٣/ ٣٠٢).

(٣) في (ف): «سف».

(ط): ضمانُ الأطرافِ عندَ محمدٍ وإحدَى الرِّوايتَين عن أبي يوسُفَ مقدَّرٌ بالنُّقصَانِ.

(ن): حلقَ رأسَ عبدٍ فلم ينبُتْ، قال أبو حنيفةَ: إن شاءَ المولى دفَعَه إليه وأخذَ قيمتَه، وإنْ شاءَ تركَه.

(ع)[1]: وعنه: مَن قطعَ أُذُنَ عبدٍ أو أنفَه، أو حلَقَ لحيتَه، فلم ينبُتْ: فعليه قيمتُه تامَّةً، وعنه في أشفارِ العينين من المملوكِ وحاجبَيه وأذنَيه: ما نقَصَه.

(ط ع)[2]: قال أبو حنيفةَ: فقأَ عينَي عبدٍ، فماتَ من غيرِ الفقءِ: فلا شيءَ على الفَاقِئ، ولو قتَلَه إنسانٌ: لزمَ الفاقِئ نقصانُه، وقال محمدٌ: عليه النقصانُ فيهما، فقيل له: مِن أين فرَّقَ أبو حنيفةَ بين القتلِ والموتِ؟ فقالَ: لا أدري، وعنه: فقأَ أحدُهما عينَيه، والآخَرُ قطَعَ يدَه، فعلى الأول: ما نقَصَه، وعلى الثاني: نصفُ قيمتِه مفقوءَ العينِ، ومسألةُ الجثَّةِ العمياءِ مشهورةٌ[3].

(جص): قطعَ يدَ عبدٍ، ثمَّ أعتقَه المولى، ثمَّ ماتَ منه: فعليه القِصَاصُ إلَّا إذا كانَ له ورثةٌ غيرُ المولى، وقال محمَّدٌ رحمه الله: لا قصَاصَ في الفَصْلَين، وعلى القاطعِ أرشُ اليدِ للمَولى، وما نقصَه ذلك إلى أنْ أعتَقَه.

---

(١) انظر: «عيون المسائل» (ص: ٢٨٦).

(٢) انظر: «عيون المسائل» (ص: ٢٨٣).

(٣) انظر تفصيلها في «البحر الرائق شرح كنز الدقائق» (٨/ ٣٠٩).

فصلٌ

وَإِذَا ضَرَبَ رَجُلٌ بَطْنَ امْرَأَةٍ، فَأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا: فَعَلَيْهِ غُرَّةٌ قِيمَتُهُ نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ، فَإِنْ أَلْقَتْهُ حَيًّا، ثُمَّ مَاتَ فَعَلَيْهِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ، وَإِنْ أَلْقَتْهُ مَيِّتًا، ثُمَّ مَاتَتْ الأُمُّ: فَعَلَيْهِ دِيَةٌ وَغُرَّةٌ وَإِنْ مَاتَتْ ثُمَّ أَلْقَتْهُ مَيِّتًا: فَلَا شَيْءَ عليه فِي الْجَنِينِ، وَمَا يَجِبُ فِي الْجَنِينِ: مَوْرُوثٌ عَنْهُ.

وَفِي جَنِينِ الْأَمَةِ إِذَا كَانَ ذَكَرًا: نِصْفُ عُشْرِ قِيمَتِهِ لَوْ كَانَ حَيًّا، وَعُشْرُ قِيمَتِهِ: لَوْ كَانَ أُنْثَى.

قال: (وَإِذَا ضَرَبَ رَجُلٌ بَطْنَ امْرَأَةٍ، فَأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا: فَعَلَيْهِ غُرَّةٌ قِيمَتَهُ نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ) يعني: ديةَ الرجلِ، وهي عُشرُ ديةِ المرأةِ، وهي خمسُمائةِ درهمٍ. والقياسُ: أنْ لا يجبَ شيءٌ، وبه زُفَرُ؛ لأنَّا لم نتيقَّنْ بحياتِه. والظاهرُ يصلُحُ حُجَّةً للدفعِ لا للاستحقاقِ. ولنا: قولُه عليه السلام: «في الجنينِ غرَّةٌ عبدٌ أو أمةٌ قيمته خمسُمائة»[1] وروي: «أو خمسُمائةٍ»[2]. وقال مالكٌ[3] والشافعيُّ[4]: ستُّمائةِ درهمٍ، والحُجَّةُ عليهما ما رويناه.

(هـ)[5]: والغُرَّةُ تجِبُ على العاقلةِ: «لأنَّه عليه السلامُ قضَى بالغُرَّة على العاقِلة»[6]

---

(١) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٨١): غريب.

(٢) رواه الطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (٤٥٢٨)، والطبراني في «المعجم الكبير» (١/ ١٩٣) (٥١٤)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ٢٠١) (١٦٤١٩) من حديث أبي المليح عن أبيه رضي الله عنهما.

(٣) انظر: «المدونة» (٤/ ٦٣١).

(٤) انظر: «روضة الطالبين» (٩/ ٣٧٧).

(٥) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٧١).

(٦) رواه أبو داود (٤٥٦٨)، والنسائي (٤٨٢٥)، وأحمد في «مسنده» (١٨١٤٩) من حديث المغيرة بن شعبة رضي الله عنه.

وقال مالكٌ رحمه الله[١]: تجبُ في مالِهِ؛ لأنَّه بدلُ الجزءِ، لكنا نقولُ: هي بدلُ النفسِ؛ لأنَّه عليه السلام سمَّاه ديةً، فقال: «دُوه» ثم لمَّا وجبَتْ على العاقلةِ يجبُ ذلك في سنةٍ، وقال الشافعيُّ[٢]: في ثلاث سنين؛ لأنَّه بدلُ النفسِ، ولنا: ما روى محمدُ بن الحسَنِ رحمه الله بإسناده إلى النبيِّ عليه السلام: «أنَّه قضى بالغُرَّةِ على العاقِلةِ في سنةٍ»[٣]، ولأنَّه بدلُ عضوِ الأمِّ من وجهٍ، وبدلُ العضوِ إذا كان ثُلثَ الديةِ فما دونَه يجِبُ في سنةٍ، ويستوي فيه الذكرُ والأنثى لإطلاقِ النصِّ.

قال: (**فَإِنْ أَلْقَتْهُ حَيًّا، ثُمَّ مَاتَ: فَعَلَيْهِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ**) لأنَّه أُتلفَ حيًّا.

قال: (**وَإِنْ أَلْقَتْهُ مَيِّتًا، ثُمَّ مَاتَتْ: فَعَلَيْهِ دِيَةٌ وَغُرَّةٌ**) ديةٌ بقتلِ الأمِّ وغُرَّةٌ بالجنينِ، وروي: «أنَّه عليه السلام قضى في هذا بالدِّيةِ والغُرَّة»[٤]، ولأنَّه أُسقطَ وقُتلَ.

قال: (**وَإِنْ مَاتَتْ ثُمَّ أَلْقَتْهُ مَيِّتًا: فَلَا شَيْءَ عَلَيه فِي الْجَنِينِ**) وقال الشافعيُّ[٥]: يجب الغُرَّة في الجنين؛ لأنَّه مات بالضَّربِ، ولنا: أنَّه يحتمِلُ أن يختنِقَ بموت الأمِّ فيموتَ،

---

(١) انظر: «المدونة» (٤/ ٦٣٠).

(٢) انظر: «روضة الطالبين» (٩/ ٣٦٠).

(٣) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٨٣): غريب.

وقال ابن حجر في «الدراية» (٢/ ٢٨٢) لم أجد من وصله.

(٤) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٨٣): نظرت الكتب الستة إلا النسائي فلم أجده بهذا المعنى، وذكر وجوهاً له بألفاظ مختلفة.

منها ما رواه ابن حبان في «صحيحه» (٧١٧٧) عن ابن عباس رضي الله عنه: أن عمر رضوان الله عليه ناشد الناس في الجنين، فقام حمل بن مالك بن النابغة، فقال: كنت بين امرأتين، فضربت إحداهما الأخرى، فقتلتها وجنينها، فقضى رسول الله ﷺ فيه بغرة: عبد أو أمة، وأن تقتل بها.

(٥) انظر: «أسنى المطالب» (٤/ ٩٠).

فلا يجبُ شيءٌ، ويحتمِلُ أن يموتَ بالضربِ، فلا تجبُ الغُرةُ بالشكِّ، ولو ماتت الأمُّ ثم ألقَتْه حيًّا وماتَ: فعليه ديتانِ كاملتانِ.

(ط): ولو ألقَتْ جنينَين ميّتَين أحدُهما قبلَ موتِ الأمِّ والثاني بعدَ مَوتِها: فعليه غُرّةٌ في الأوّل دونَ الثاني، ولا يرِثُ الأولُ من الأمِّ، والأمُّ ترِثُ منه، والثاني: لا يرِثُ ولا يورَثُ عنه.

قال: (**وَمَا يَجِبُ فِي الْجَنِينِ مَوْرُوثٌ عَنْهُ**) لأنَّه بدلُ النفسِ، ولا يرِثُ القاتلُ، حتى لو ضرب بطنَ امرأتِه، فألقَتْ جنيناً ميتاً، لا يرِثُ الأبُ من الغُرَّة؛ لأنَّه قتَلَه مباشَرةً بغيرِ حقٍّ، والقاتلُ لا يرِثُ.

قال: (**وَفِي جَنِينِ الْأَمَةِ إِذَا كَانَ ذَكَرًا: نِصْفُ عُشْرِ قِيمَتِهِ لَوْ كَانَ حَيًّا، وَعُشْرُ قِيمَتِهِ لَو كَانَ أُنْثَى**) وقال الشافعيُّ[1]: فيه عُشرُ قيمةِ الأمِّ؛ لأنَّه جزؤها، ومقدارُ ضمانِ الأجزاءِ يؤخَذُ من أصلِها، ولنا: أنَّه بدلُ نفسِه، ولهذا يورَثُ عنه، ولأنَّه يجبُ الضمانُ، وإن لم يظهَرِ النقصَانُ بالأمِّ، وإذا كانَ بدَلَ نفسِه يقدَّرُ بها. وقال أبو يوسُفَ: يجبُ ضمانُ النقصانِ لو انتقصَتِ الأمُّ بالوِلاد. وإلَّا: فلا، كما في أجنَّةِ البهائمِ؛ لأنَّ ضمانَ قتلِ الرقيقِ عندَه ضمانُ مالٍ على ما مرَّ.

قلت: وإنما قدَّرَه بنصف عُشرِ قيمة الولدِ الذكرِ، وعُشرِ قيمةِ الأنثى؛ لأنَّ الواجبَ في جنينِ الحرةِ شيءٌ واحدٌ. وهو الغُرَّةُ خمسُمائةِ درهمٍ، ذكراً كان أو أنثى، وذلك الواجبُ نصفُ عُشرِ ديةِ الذكرِ، وهو بعينِها عُشرُ ديةِ الأنثى، فالحاصلُ: أنَّه وجبَ في الجنين الحرِّ الذكرِ نصفُ عُشرِ ديَتِه، وفي الأنثى عُشرُ ديَتِها، وما تقدَّرَ من ديةِ الحرِّ فهو مقدَّرٌ من قيمَةِ العبدِ، فيجبُ في الذكرِ نصفُ عشرِ قيمتِه، وفي الأنثى عُشرُ قيمتِها. ولو ضاعَ جنينُ الأمَةِ واختلفا في قيمَتِه، فالقولُ للضَّاربِ، كما في قتلِ العبدِ خطأً.

---

(١) انظر: «أسنى المطالب» (٤/ ٩١).

(ط): وما يجبُ في جنينِ الأمَةِ: في مالِ الضَّاربِ.

(ط م): ضرَبَ بطنَ أمَةٍ، فألقَتْ جنيناً حيًّا، وقد نقصَها الولادةُ: فعليه قيمةُ الجنين، ولا يضمنُ نقصانَ الولادةِ إذا كانَ بقيمتِه وفاءٌ بالنقصَانِ، وإلَّا: يجبُ عليه إتمامُ ذلك.

(ط ن): أَمَةٌ ضربَتْ بطنَها متعمِّدةً أو شربت دواءً تسقِطُ الولَدَ، فأسقطت ولدَ مولاها، ثم استُحقَّتِ الجاريةُ، يخيَّرُ المستحِقُّ إن شاء دفعَ أمَتَه[1] بغُرةِ الجنينِ إلى مولاها المغرورِ، وإن شاءَ فدَاها بالغرَّة؛ لأنَّه تبيَّنَ أنَّ أمَتَه قتلَتْ جنين المولى الأول، وقد كانَ صارَ حراً بالقيمةِ، فعليها الغُرَّةُ، وكذا الحرَّةُ إذا فعلت في نفسِها ذلك، فعلى عاقلتِها الغُرَّةُ، ويُشترَطُ أن تتعمَّدَ الإسقاطَ، ولو كان الإسقاطُ بإذن المولى والزوجِ: لا ضمانَ عليهما، وعن أبي القاسم رحمه الله: إذا شربت دواءً، فألقت جنيناً ميتاً، لا غُرَّةَ عليها، قال: وتأويلُه إذا كان دواءً لا يوجِبُ سقوطَ الولد، وعن أبي يوسُفَ رحمه الله فيمن أسقطَتْ سَقطاً: لا شيءَ عليها إلا التوبةُ والاستغفارُ، وإن كان جنيناً: فعليها الغُرَّةُ. وتأويلُه إذا كان يوجِبُ سقوطَ الولدِ، وقد تعمَّدَت ذلك.

(ث): شربت دواءً، أو حملت حِملاً ثقيلاً، فألقت جنيناً ميتاً: فعلى عاقلتِها خمسُمِائة درهمٍ في سنة، وإن لم يكُنْ لها عاقلةٌ: ففي مالِها في سنةٍ، قال يوسُفَ بنُ عيسى: وتأويلُه ما ذكرنا.

(م): بروايةٍ مجهولةٍ: شرِبَت دواءً للإسقاطِ أو لغيرِه، فألقَتْ جنيناً ميتاً؛ فعليها الغُرَّةُ، ولا كفَّارةَ عليها عندَ أبي يوسُفَ ومحمدٍ، ولا يرِثُه، وقيل: عليها الكفَّارةُ، وفي «فتاوى النسَفيِّ»: مختلِعةٌ احتالَتْ لإسقاطِ الولدِ لتسقُطَ عِدَّتُها: فعليها الغُرَّةُ إذا كان بفعلِها، وتكونُ للزوجِ، وفي «واقعات الناطِفيِّ»: شربَتْ دواءً لتُسقِطَ ولدَها عمداً، فإن

---

(١) في (ف): «الأمة».

ألقَتْه حيًّا ثم ماتَ: فعليها الدِّيةُ والكفَّارةُ، وإنْ ألقته ميتاً: فالغُرَّةُ، ولا ترِثُ في الحالَين، وإنْ شربَتْ دواءً لتُصلحَ نفسَها لا للإسقاطِ: فلا شيءَ عليها، ولا كفَّارةَ في قولِ أبي حنيفةَ، ولا ترثُ الأمُّ.

قال: (**وَلَا كَفَّارَةَ فِي الْجَنِينِ**) وقال الشافعيُّ[1]: تجبُ؛ لأنَّه نَفْسٌ من وجهٍ، قلنا: إنَّ[2] فيها معنى العقوبةِ، فلا تجبُ إلا في النفوسِ المطلَقةِ، وإنْ تقرَّبَ بالكفَّارةِ كانَ أفضَلَ، ويستغفِرُ بما[3] صنعَ.

(ه)[4]: والجنينُ الذي استبانَ بعضُ خَلقِه كالجنين التامِّ في جميعِ هذه الأحكامِ؛ لإطلاقِ ما روَينا، ولأنَّه وُلدَ في حقِّ انقضاءِ العِدَّةِ والنفاسِ وأمِّ[5] الولدِ، فكذا في هذا.

وَالْكَفَّارَةُ فِي شِبْهِ الْعَمْدِ وَالْخَطَأَ: عِتْقُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ: فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ، وَلَا يَجْزِي فِيهَا الْإِطْعَامُ.

قال: (**وَالْكَفَّارَةُ فِي شِبْهِ الْعَمْدِ وَالْخَطَأِ: عِتْقُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ: فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ، وَلَا يَجْزِي فِيهَا الْإِطْعَامُ**) لقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا ...﴾ [النساء: ٩٢] الآيةَ.

وقال الشافعيُّ[6]: يجزِئُ فيها الإطعامُ إذا لم يقدِرْ على الصيامِ، ككفَّارةِ الظِّهار والفِطرِ، ولنا: أنَّه زيادةٌ على القرآنِ، فيكونُ نسخاً، والنسخُ خلافُ الأصلِ.

---

(١) انظر: «روضة الطالبين» (٩/ ٣٨١).

(٢) في (ف): «ولنا أن».

(٣) في (ف): «فيما»، وفي (ج): «بما».

(٤) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٧٢).

(٥) في (ج): «وأمية».

(٦) انظر: «روضة الطالبين» (٩/ ٣٧٩).

بَابُ الْقَسَامَةِ

وَإِذَا وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي مَحَلَّةٍ لَا يُعْلَمُ مَنْ قَتَلَهُ: اُسْتُحْلِفَ خَمْسُونَ رَجُلًا مِنْهُمْ، يَتَخَيَّرُهُمُ الْوَلِيُّ: بِاللَّهِ مَا قَتَلْنَاهُ وَلَا عَلِمْنَا لَهُ قَاتِلًا، فَإِذَا حَلَفُوا: قُضِيَ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَّةِ بِالدِّيَةِ، وَلَا يُسْتَحْلَفُ الْوَلِيُّ وَلَا يُقْضَى لَهُ بِالْجِنَايَةِ، فَإِنْ لَمْ يَكْمُلْ أَهْلُ الْمَحَلَّةِ: كُرِّرَتِ الأَيْمَانُ عَلَيْهِمْ حَتَّى يَتِمَّ خَمْسِينَ، وَلَا يَدْخُلُ فِي الْقَسَامَةِ صَبِيٌّ، وَلَا مَجْنُونٌ، وَلَا امْرَأَةٌ، وَلَا عَبْدٌ.

بَابُ الْقَسَامَةِ

وفي بعض النُّسخِ: «مسائل القسامة» من غيرِ ذلك الكتابِ.

قال: (وَإِذَا وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي مَحَلَّةٍ لَا يُعْلَمُ مَنْ قَتَلَهُ: اُسْتُحْلِفَ خَمْسُونَ رَجُلًا مِنْهُمْ، يَتَخَيَّرُهُمُ الْوَلِيُّ: بِاللَّهِ مَا قَتَلْنَاهُ، وَلَا عَلِمْنَا لَهُ قَاتلًا) وقال الشافعيُّ[1]: إذا كان هناك لَوثٌ استحلَفَ الوليُّ خمسين، ويقضِي له بالدِّيةِ على المدَّعَى عليه عَمْداً كانت الدَّعوَى أم خطأً، وقال مالكٌ[2]: يقضِي بالقَودِ في دعوَى العمْدِ، وهو أحدُ قولَي الشَّافعيِّ.

(هـ)[3]: واللـوثُ عندَهمـا[4]: أنْ يكـونَ علـى واحـدٍ منهـم بعينِـه علامـةُ قتلٍ، أو ظاهـرٌ يشـهدُ للمدَّعِي من عَداوةٍ ظاهرةٍ، أو شـبهةُ شـهادةِ عدلٍ، أو شـهادةُ غيرِ عُدولٍ أنَّ أهـلَ المحلَّـةِ قتلُـوه، وإنْ لـم يكُـنِ الظَّاهـرُ شـاهداً له فمذهبُـه مثلُ مذهبِنـا غير أنَّه

---

(١) انظر: «روضة الطالبين» (١٠/ ٢٣).

(٢) انظر: «التوضيح» (٨/ ٢٠٦).

(٣) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٩٧).

(٤) في (ف): «عنده»، وقوله: «عندهما»: ليس في (ج).

لا يكـرِّرُ اليميـنَ، بـل يردُّها على الولـيِّ، وإن حلفُـوه[١]: لا ديةَ عليهم، للشـافعيِّ[٢] في البداية بيمينِ الوليِّ قولُه عليه السَّـلامُ للأولياء: «فيُقسِـمُ منكم خمسـونَ أنَّهم قتَلُوه»[٣]، ولأنَّ اليميـنَ علـى مَن يشـهدُ لـه الظاهرُ، ولهـذا يجِبُ علـى صاحب اليـد، وردُّ اليمين علـى المدَّعـي أصـلٌ لـه ممهِّـدٌ كما فـي النُّكُـول، غيـرَ أنَّ هـذه دَلالةٌ فيهـا نوعُ شُـبهةٍ، والقـوَدُ لا يجِـبُ مع الشـبهة، والمالُ يجِبُ معها، فلهـذا تجبُ الدِّيةُ، ولنـا قولُه: «البيِّنةُ علـى المدَّعي واليميـنُ على مَن أنكـرَ»[٤].

وروى ابـنُ المسيِّبِ: «أنَّ النبـيَّ عليه السَّـلامُ بدأ باليهودِ بالقَسـامةِ، وجعَـلَ الدِّيةَ عليهـم لوجود[٥] القتيـلِ بين أظهُرِهـم»[٦]، ولأنَّ اليمينَ حُجَّةٌ للدَّفع دونَ الاسـتحقاقِ، وحاجـةُ الولـيِّ إلى الاسـتحقاقِ، وقـول المصنـفِ: (يتخيَّرهـمُ الولـيُّ) إشـارةٌ إلى أنَّ خيـارَ تعيين الخمسـينَ إلـى الولـيِّ؛ لأنَّ اليمينَ حقُّـه، فالظاهرُ أنَّـه يختارُ مَـن يتَّهِمُه أو مَـن يتحـرَّزُ عن اليميـنِ الكاذبة لتُفيـدَ اليميـنُ، ولو اختار أعمًـى أو محـدوداً في قذفٍ: جـازَ؛ لأنَّه يمينٌ لا شـهادةٌ.

---

(١) في (ش) و(ف): «حلفوا».

(٢) انظر: «الشرح الكبير» (١١/ ١٣).

(٣) رواه ابن الجارود في «المنتقى» (ص: ٢٩٨)، وأبو عوانة في «مستخرجه» (٦٤٧٤)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٥٠٤٨)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ٢٠٨). وبنحوه رواه النسائي (٤٧١٧)، وأحمد في «مسنده» (١٦٠٩١). وأصل القصة في الصحيحين.

(٤) رواه البيهقي في «السنن الكبرى» (٢١٢٠١)من حديث ابن عباس رضي الله عنهما. وحسن إسناده ابن حجر في «فتح الباري» (٥/)٢٨٣.

وأصل الحديث عند البخاري (٤٥٥٢)، ومسلم (١٧١١).

(٥) في (ش) و(ف): «بوجود».

(٦) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٨٢٥٢)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (٣٦٤٣٧).

قال: (فَإِذَا حَلَفُوا: قُضِيَ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَّةِ بِالدِّيَةِ، وَلَا يُسْتَحْلَفُ الْوَلِيُّ، وَلَا يُقْضَى لَهُ بِالْجِنَايَةِ) وقال الشافعيُّ[١]: لا تجبُ الديةُ، ويُستحلَفُ الوليُّ فتجِبُ، وقال مالكٌ[٢]: يجبُ القِصاصُ في دعوى العمْدِ إذا حلفَ الوليُّ، والحججُ من الجانبَين قد مرَّت.

(هـ)[٣]: القَسامةُ ما شُرعَت لتجِبَ الدِّيةُ إذا نكَلُوا، بل شُرعَت ليظهَرَ القِصاصُ بتحرُّزِهم عن اليمين الكاذبة، فيُقرُّوا بالقتل، فإذا حلَفُوا حصلَتِ البراءةُ عن القِصاص، ثم الدِّيةُ تجِبُ لوجودِ القتل منهم ظاهرًا؛ لوجود القتيلِ بين أظهُرِهم، أو بتقصيرهم في المحافَظة كما في القتل الخطأ، ومَن أبى منهم اليمينَ حُبسَ حتى يحلِفَ؛ لأنَّ اليمينَ فيه مستحَقٌّ لذاتِه تعظيمًا لأمر الدمِ، ولهذا يُجمَعُ فيه بين اليمينِ والدِّيةِ، بخلاف النُّكولِ في الأموال؛ لأنَّ اليمينَ ثمَّةَ بدلٌ عن[٤] أصلِ حقِّه، هذا إذا ادَّعى الوليُّ القتلَ على جميع أهل المحلَّةِ أو البعضِ بغيرِ أعيانِهم، والدعوى في العمْد والخطأ سواءٌ، ولو ادَّعى على واحدٍ منهم بعينه أنَّه قتَلَ وليَّه عمدًا أو خطأً فكذا الجوابُ، دلَّ عليه إطلاقُ الجوابِ في (الكتاب) وهكذا ذكرَه في (المبسوط)، وعن أبي يوسُفَ في غيرِ روايةِ الأصولِ أنَّه تسقُطُ القَسامةُ والدِّيةُ عن الباقينِ في القياسِ، كما لو ادَّعى على واحدٍ من غيرِهم، وفي الاستحسانِ: تجِبُ القَسامةُ والدِّيةُ على أهلِ المحلَّةِ لإطلاق النُّصوصِ.

قلتُ: قوله: (ولا يُستحلَفُ الوليُّ ولا يُقضَى لهُ بالجنَايةِ) معناه: لا يُقضَى له بالجنايةِ بحلِفِ الوليِّ كما ذهب إليه مالكٌ والشافعيُّ[٥].

---

(١) انظر: «روضة الطالبين» (١٠/ ١٠).

(٢) انظر: «التوضيح» (٨/ ٢٠٦).

(٣) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٩٨).

(٤) في (ش): «تدل على».

(٥) تقدما قريباً.

قال: (فَإِنْ لَمْ يَكْمُلْ أَهْلُ الْمَحَلَّةِ: كُرِّرَتِ الْأَيْمَانُ عَلَيْهِمْ حَتَّى يتِمَّ خَمْسِيْنَ) لِما رويَ: أنَّ عمرَ رضي الله عنه لمَّا قضَى بالقَسامَةِ وافى إليه تسعةٌ وأربعون رجلًا، فكرَّرَ اليمينَ على واحدٍ منهم حتى أتمَّ خمسين، ثم قضَى بالدِّيةِ[1]، وعن شُريحٍ[2] والنخعيِّ مثلُ ذلك[3]، ولأنَّ الخمسينَ ثبتَتْ بالسُّنَّة فيجبُ إتمامُها استعظامًا لأمرِ الدمِ، ولو كان العددُ كاملًا فطلَبَ الوليُّ تكرارَ اليمين على بعضهم لم يكُنْ له ذلك؛ لأنَّ المصيرَ إلى التَّكرارِ ضرورةُ الإكمال.

قال: (وَلَا يَدْخُلُ فِي الْقَسَامَةِ صَبِيٌّ، وَلَا مَجْنُونٌ، وَلَا امْرَأَةٌ، وَلَا عَبْدٌ) لأنَّ الصبيَّ والمجنونَ ليسا من أهل اليمينِ، والمرأةَ والعبدَ ليسا من أهل النُّصرةِ، واليمين على أهلِها.

وَإِنْ وُجِدَ مَيِّتًا لَا أَثَرَ بِهِ: فَلَا قَسَامَةَ وَلَا دِيَةَ، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ الدَّمُ يَسِيلُ مِنْ أَنْفِهِ، أَوْ مِنْ دُبُرِهِ، أَوْ مِنْ فِيْهِ، وَإِنْ خَرَجَ مِنْ عَيْنِهِ أَو أُذُنِهِ: فَهُوَ قَتِيلٌ.

وَإِذَا وُجِدَ الْقَتِيلُ عَلَى دَابَّةٍ يَسُوقُهَا رَجُلٌ: فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ دُونَ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ، فَإِنْ وُجِدَ فِي دَارِ إِنْسَانٍ: فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ وَالْقَسَامَةُ عَلَيهِ، وَلَا يَدْخُلُ السُّكَّانُ فِي الْقَسَامَةِ مَعَ الْمُلَّاكِ، وَهِيَ عَلَى أَهْلِ الْخِطَّةِ دُونَ الْمُشْتَرِينَ، وَلَوْ بَقِيَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ.

قال: (وَإِنْ وُجِدَ مَيِّتًا لَا أَثَرَ بِهِ: فَلَا قَسَامَةَ وَلَا دِيَةَ) لأنَّه ليس بقتيلٍ؛ لأنَّ القتيلَ عُرفًا هو فائتُ الحياة بسببٍ يباشِرُه الحيُّ، وإنَّه مات حتْفَ أنفِه، والغرامةُ تتبَعُ فِعلَ العبدِ،

---

(١) في «نصب الراية» (٤/ ٣٩٥): أما أثر عمر فرواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» بنقص، فقال: حدثنا وكيع ثنا سفيان عن عبد الله بن يزيد الهذلي عن أبي مليح: أن عمر بن الخطاب رد عليهم الأيمان حتى وفوا.

(٢) رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٧٨٤٤).

(٣) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٨٢٨٥)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٧٨١٢).

وقال الشافعيُّ[١]: إنْ كان هناك لَوثٌ استُحلِفَ الوليُّ، فإنِ امتنعَ استُحلِفَ أهلُ المحلَّة؛ لأنَّ القَسامةَ تتبعُ الدَّعوى.

قلت: الدَّعوى إنما توجِبُ القَسامةَ إذا كان به أثرٌ يُستدَلُّ به على كونِه قتيلاً، كجِراحةٍ أو أثرِ ضربٍ أو خنقٍ.

قال: (وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ الدَّمُ يَسِيلُ مِنْ أَنْفِهِ، أَوْ مِنْ دُبُرِهِ، أَوْ مِنْ فِيْهِ) لأنَّ الدمَ يخرُجُ من هذه المخارقِ عادةً بالقَيْءِ والرُّعافِ ونحوِهما، وكذا مِن ذَكَرِه.

قال: (وَإِنْ خَرَجَ مِنْ عَينِهِ أَو أُذُنِهِ: فَهُوَ قَتِيلٌ) لأنَّه لا يخرُجُ منهما[٢] عادةً إلا بفعل الحيِّ.

(هـ)[٣]: ولو وُجدَ بدنُ القتيلِ، أو أكثرُ من نصف البدن، أو النصفُ ومعه الرأسُ في محلَّةٍ: فعلى أهلها القَسامةُ والديةُ، وإلَّا: فلا؛ لأنَّ للأكثرِ حُكمَ الكلِّ تعظيمًا للآدميِّ، بخلاف الأقلِّ، ولأنَّه لو وجبَتا به تتكرَّرُ القَسامتانِ والدِّيَتان بمقابَلةِ نفسٍ واحدةٍ، ولو وُجدَ فيهم جنينٌ أو سَقْطٌ ليسَ به أثرُ الضَّربِ: فلا شيءَ على أهلِ المحَلَّة، فإنْ كانَ به أثرُ الضَّربِ وهو تامُّ الخلْقِ وجبَتِ القَسامةُ والديةُ عليهم؛ لأنَّ الظاهرَ إنْ كان تامَّ الخَلْقِ ينفصلُ[٤] حيًّا، وإن كانَ ناقصَ الخلقِ: فلا شيءَ عليهم؛ لأنَّه ينفصلُ[٥] ميتًا.

قال: (وَإِذَا وُجِدَ الْقَتِيلُ عَلَى دَابَّةٍ يَسُوقُهَا رَجُلٌ: فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ دُونَ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ) لأنَّه في يدِه كما إذا كانَ في دارِه، وكذا إذا كانَ قائدَها أو راكبَها، فإن اجتمَعُوا فعليهم؛ لأنَّ القتيلَ في أيديهم.

---

(١) انظر: «روضة الطالبين» (١٠/ ٩).

(٢) في (ج): «منها».

(٣) انظر: «الهداية» (٤/ ٤٩٩).

(٤) في (ش) و(ف): «منفصل».

(٥) في (ج): «انفصل».

قال: (**فإنْ وُجِدَ فِي دَارِ إنْسَانٍ: فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ وَالْقَسَامَةُ عَلَيهِ**) لأنَّ الدارَ في يده، وإنما تجبُ الديةُ على عاقلتِه لأنَّ نُصرتَه منهم وقوَّتَه بهم.

قال: (**وَلَا يَدْخُلُ السُّكَّانُ فِي الْقَسَامَةِ مَعَ الْمُلَّاكِ**) عند أبي حنيفةَ ومحمدٍ، وقال أبو يوسُفَ: هو عليهم جميعًا؛ لأنَّ ولايةَ التدبيرِ كما تكونُ بالمِلك تكونُ بالسُّكنى، ألا ترى أنَّه عليه السَّلامُ جعَلَ القَسامةَ والديةَ على اليهودِ وإن كانوا سُكَّانًا بخيبرَ؟! ولهما: أنَّ المالكَ هو المختصُّ[1] بنصرة البقعةِ دونَ السُّكَّان؛ لأنَّ سُكنى المُلَّاك ألزمُ، وقرارَهم أدومُ، فكانت ولايةُ التدبيرِ إليهم، فيتحقَّقُ التقصيرُ منهم، وأمَّا أهلُ خيبرَ فأقرَّهم النبيُّ عليه السَّلامُ على أملاكِهم.

قال: (**وَهِيَ عَلَى أَهْلِ الْخِطَّةِ دُونَ الْمُشْتَرِينَ، وَلَوْ بَقِيَ[2] وَاحِدٌ مِنْهُمْ**) عند أبي حنيفةَ ومحمدٍ، وقال أبو يوسُفَ: يشتركُ الكلُّ فيه لاشتراكِهم في ولايةِ الحفظ المدلولِ عليها بالمِلك، ولهما: أنَّ صاحبَ الخُطَّة أصيلٌ في نصرةِ البقعة، والمشتري دخيلٌ، وولايةُ التدبيرِ إلى الأصيل، وقيل: أبو حنيفةَ بنى ذلك على ما شاهَدَ بالكوفة، وإن لم يبقَ واحدٌ منهم فهو على المشترينَ[3]؛ لأنَّ الولايةَ حصلَتْ لهم لزوالِ مَن يزاحِمُهم، ولو وُجدَ في دارٍ مشترَكة نصفُها لرجلٍ، وعُشْرُها لآخرَ، وللثالثِ ما بقيَ؛ فهو على رؤوسِ الرجالِ؛ لاستواءِ الكلِّ في التَّدبيرِ والحفظِ والتَّقصيرِ، ولو اشترى دارًا ولم يقبِضْها: فعلى عاقِلة البائع، وعندهما: على عاقِلةِ المشتري، وإن كان فيه خيارٌ لأحدِهما فعلى عاقِلة مَن في يدِه، وعندهما: على عاقِلة مَن تصيرُ الدارُ له، ولو كان في يدِه دارٌ، فوُجدَ فيها قتيلٌ؛ لم تعقِلِ العاقِلةُ حتى يشهَدَ الشهودُ أنها للذي في يدِه؛ لأنَّ اليدَ ظاهرةٌ تكفي للدفعِ لا للاستحقاقِ، كما في الشُّفعة.

---

(١) في (ج): «المخصص».

(٢) في (ش) و(ف) زيادة: «منهم».

(٣) في (ج): «المشتريين».

وَإِنْ وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي سَفِينَةٍ: فَالْقَسَامَةُ عَلَى مَنْ فِيهَا مِن الرُّكَّابِ وَالْمَلَّاحِينَ، وَإِنْ وُجِدَ فِي مَسْجِدِ مَحَلَّةٍ: فَالْقَسَامَةُ عَلَى أَهْلِهَا، وَإِنْ وُجِدَ فِي الْجَامِعِ أَوِ الشَّارِعِ الْأَعْظَمِ: فَلَا قَسَامَةَ فِيهِ، وَالدِّيَةُ فِي بَيْتِ الْمَالِ، وَإِنْ وُجِدَ فِي بَرِّيَّةٍ لَيْسَ بِقُرْبِهَا عِمَارَةٌ: فَهُوَ هَدَرٌ، وَإِنْ وُجِدَ بَيْنَ قَرْيَتَيْنِ: كَانَ عَلَى أَقْرَبِهِمَا، وَإِنْ وُجِدَ فِي وَسَطِ الْفُرَاتِ يَمُرُّ بِهِ الْمَاءُ: فَهُوَ هَدَرٌ، وَإِنْ كَانَ مُحْتَبَسًا بِالشَّاطِئِ: فَهُوَ عَلَى أَقْرَبِ الْقُرَى مِنْ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ، وَإِنِ ادَّعَى الوَلِيُّ عَلَى وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ بِعَيْنِهِ: لَمْ يُسْقِطِ الْقَسَامَةَ عَنْهُمْ؛ وَإِنِ ادَّعَى عَلَى وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِهِمْ: سَقَطَ عَنْهُمْ.

قال: (وَإِنْ وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي سَفِينَةٍ: فَالْقَسَامَةُ عَلَى مَنْ فِيهَا مِن الرُّكَّابِ وَالْمَلَّاحِينَ) لأنَّها في أيدِيهم.

(هـ)[1]: كذا العجَلةُ، وهذا عند[2] أبي يوسُفَ ظاهرٌ، والفرقُ لهما: أنَّ السفينةَ تُنقَلُ وتُحوَّلُ، فيُعتبَرُ فيها اليدُ دونَ المِلْكِ كما في الدَّابَّة، بخلاف المحَلَّةِ والدَّار.

قال: (وَإِنْ وُجِدَ فِي مَسْجِدِ مَحَلَّةٍ: فَالْقَسَامَةُ عَلَى أَهْلِهَا) لأنَّ تدبيرَه إليهم.

قال: (وَإِنْ وُجِدَ فِي الْجَامِعِ أَوِ الشَّارِعِ الْأَعْظَمِ: فَلَا قَسَامَةَ فِيهِ، وَالدِّيَةُ فِي بَيْتِ الْمَالِ) لأنَّه للعامَّة، وكذلك الجسورُ للعامَّة، ومالُ بيت المال مالُ عامَّة المسلمين، ولو وُجدَ في السوق؛ إن كان مملوكًا فعند أبي يوسُفَ: يجِبُ على السُّكَّان، وعندهما: على المالك، وإن لم يكُنْ مملوكًا كالشوارعِ العامَّةِ التي بنيَتْ فيها فعلى بيت المال؛ لأنَّه لجماعةِ المسلمين، ولو وُجدَ في السِّجنِ: فعلى بيتِ المالِ، وعند أبي يوسُفَ: القَسامةُ والدِّيةُ على أهلِ السِّجن؛ لأنَّهم سُكَّانُه، ولهما: أنَّهم مقهورونَ فلا يَتناصَرون.

(١) انظر: «الهداية» (٤/ ٥٠٢).

(٢) في (ف) زيادة: «أبي حنيفة و».

قال: (وَإِنْ وُجِدَ فِي بَرِّيَّةٍ لَيْسَ بِقُرْبِهَا عِمَارَةٌ: فَهُوَ هَدَرٌ) وتفسيرُ القُربِ ما ذكَرْنا من استماعِ الصوتِ؛ لأنَّه إذا كان كذلك لا يلحقُه الغَوثُ من غيرِه، فلا يُوصَفُ بالتقصيرِ، وإن كانتِ البرِّيةُ مملوكةً فالقَسامةُ والدِّيةُ على عاقِلتِه.

قال: (وَإِنْ وُجِدَ بَيْنَ قَرْيَتَيْنِ: كَانَ عَلَى أَقْرَبِهِمَا) لِما رُوِي: «أنَّه عليه السَّلامُ أُتيَ في قتيلٍ وُجدَ بين قريتَين، فأمَرَ أنْ يُذرَعَ»[١]، وهكذا قضَى به عمرُ رضي الله عنه فيه[٢].

قال: (وَإِنْ وُجِدَ فِي وَسَطِ الْفُرَاتِ يَمُرُّ بِهِ الْمَاءُ: فَهُوَ هَدَرٌ) لأنَّه ليسَ في يدِ أحدٍ ولا في مِلكِه.

قال: (وَإِنْ كَانَ مُحْتَبَسًا بِالشَّاطِئِ فَهُوَ عَلَى أَقْرَبِ الْقُرَى مِنْ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ) على التفسيرِ الذي مرَّ ذِكْرُه؛ لأنَّهم أخصُّ بنُصرةِ هذا الموضعِ، وهو كالموضوعِ على الشَّطِّ والشَّطُّ في أيدِيهم؛ لأنَّهم يَستَقُونَ[٣] منه الماءَ ويَسْقُونَ دوابَّهم فيه، بخلافِ النهرِ الذي تُستَحَقُّ به الشُّفعةُ؛ لاختصاص أهلِه به لقيامِ يدِهم عليه، فتكونُ القَسامةُ والدِّيةُ عليهم.

قال: (وَإِنِ ادَّعَى الوَلِيُّ عَلَى وَاحِدٍ مِنْ أَهلِ الْمَحَلَّةِ بِعَيْنِهِ: لَمْ يُسْقِطِ الْقَسَامَةَ عَنْهُمْ) وقد ذكرنا الاختلافَ والقياسَ والاستحسانَ فيه.

قال: (وَإِنِ ادَّعَى[٤] عَلَى وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِهِمْ: سَقَطَ عَنْهُمْ) لِما مرَّ من الفرقِ بينهما، ولو التقى قومٌ بالسيوفِ، فأجْلَوا عن قتيلٍ: فهو على أهلِ المحلَّةِ؛ لأنَّ القتيلَ بين أظهُرِهم والحفظَ عليهم، إلا أن يدَّعيَ الأولياءُ على أولئك أو على

---

(١) رواه أحمد في «مسنده» (١١٣٤١)، وأبو داود الطيالسي في «مسنده» (٢٣٠٩)، والبيهقي في «السنن الصغير» (٣١٠٨) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

(٢) رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٧٨٥٢).

(٣) في (ش): «يسبقون»، وفي (ف): «يسقون».

(٤) في (ش) زيادة: «الولي».

رجلٍ بعينِهِ منهم، فلم يكُنْ على أهلِ المحلَّةِ ولا على أولئك حتى يُقيموا البيِّنَةَ؛ لأنَّ بمجرَّدِ الدَّعوى لا يثبُتُ الحقُّ عليهم، ويسقطُ[1] عن أهلِ المحلَّةِ؛ لأنَّ قولَه حُجَّةٌ عليه، ولو وُجِدَ في مُعسكَرٍ بفَلاةٍ لا مِلكَ فيها لأحدٍ، فإن وُجِدَ في خِباءٍ أو فُسطاطٍ فالدِّيةُ على مَن يسكُنُها، وإن كان خارجًا: فعلى أقربِ الأخبيةِ اعتباراً لليدِ عند انعدامِ المِلْكِ، ولو لقُوا عدوًّا ووجدوا قتيلًا[2] بين أظهُرِهم: فلا قَسامةَ ولا دِيَةَ؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّه قتَلَه العدوُّ وكان هَدَرًا، وإنْ كان للأرضِ مالكٌ فالعسكرُ كالسُّكَّان، ويكونُ على الاختلافِ الذي مرَّ.

وإِذَا قَالَ الْمُسْتَحْلَفُ: قَتَلَهُ فُلَانٌ؛ اُسْتُحْلِفَ بِاللَّهِ: مَا قَتَلْتُهُ وَلَا عَرَفْتُ لَهُ قَاتِلًا غَيْرَ فُلَانٍ، وَإِذَا شَهِدَ اثْنَانِ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ عَلَى رَجُلٍ مِنْ غَيْرِهِمْ أَنَّهُ قَتَلَهُ: لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا.

قال: (**وإِذَا قَالَ الْمُسْتَحْلَفُ: قَتَلَهُ فُلَانٌ، اُسْتُحْلِفَ بِاللَّهِ: مَا قَتَلْتُه**[3]**، وَلَا عَرَفْتُ لَهُ قَاتِلًا غَيْرَ فُلَانٍ**) لأنَّه يريدُ إسقاطَ الخصومةِ عن نفسِه بقولِه: فلا يُقبَلُ منه، ويحلفُ على هذا الوجهِ؛ لأنَّه لمَّا أقرَّ بالقتلِ على واحدٍ فقد استثناهُ عن اليمينِ، فيحلفُ على مَن سواهُ.

قال: (**وَإِذَا شَهِدَ اثْنَانِ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ عَلَى رَجُلٍ مِنْ غَيْرِهِمْ أَنَّهُ قَتَلَهُ: لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا**[4]) عندَ أبي حنيفةَ، وقالا: تُقبَلُ؛ لأنَّهم خرجُوا عن الخصُومةِ بدعوى الوليِّ القتلَ على غيرِهم، فتُقبَلُ، كالوكيلِ بالخصُومةِ إذا عُزِلَ قبلَ الخصُومةِ،

(١) في (ش) و(ف): «وسقط».

(٢) في (ج): «ووجد قتيل».

(٣) في (ش) و(ف): «قتلتُ».

(٤) في (ش) و(ف): «شهادتهم»، وفي (ج): «شهادتهما».

وله: أنهم خُصَماءُ بإنزالهم قاتلِين للتَّقصيرِ[١] منهم: فلا تُقبَلُ، كالوصيِّ إذا خرجَ من الوصَايةِ، وعلى هذَين الأصلَينِ يُخرَّجُ[٢] كثيرٌ من المسائلِ.

(هـ)[٣]: ولو ادَّعى على واحدٍ من أهل المحلَّةِ بعينِه، فشهِدَ شاهدٌ من أهلها عليه: لم تُقبَلْ لتُهمتِه، ولو جُرِحَ في قبيلةٍ، فنُقِلَ إلى أهلِه، ثم مات منها[٤]؛ فإن كانَ صاحبَ فراشٍ حتى مات فالقَسامةُ والديةُ على القبيلَةِ عندَ أبي حنيفةَ اعتبارًا للجرحِ، وقال أبو يوسُفَ: لا شيءَ عليهم اعتبارًا للموتِ، ولو أنَّ رجلًا معه جريحٌ به رمَقٌ حمَلَه إنسانٌ إلى أهلِه، فمكثَ يومًا أو يومَين ثم مات: لم يضمَنِ الحاملُ في قولِ أبي يوسُفَ، وفي قياسِ قولِ أبي حنيفةَ: يضمَنُ، ولو وجَدَ قتيلًا في دارِ نفسِه: فدِيَتُه على عاقلتِه لورثتِه عندَ أبي حنيفةَ، وقالا ـ وهو قول زُفَرَ ـ: لا شيءَ فيه.

ولو أنَّ رجلَين كانا في بيتٍ لا ثالثَ معهما، ووُجِدَ أحدُهما مذبوحًا: يضمَنُ الآخرُ دِيتَه عند أبي يوسُفَ اعتبارًا للظاهر، ولا يضمَنُ عند محمدٍ بالشَّكِّ؛ لاحتمالِ أنْ يذبَحَ نفسَه.

ولو وُجِدَ قتيلٌ في قريةٍ مملوكةٍ لامرأةٍ: فعندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ: تُكرَّرُ عليها الأيمانُ، والدِّيةُ على عاقلتِها؛ أقرب القبائلِ إليها في النسَبِ، وقال أبو يوسُفَ: القَسامةُ على العاقِلة أيضًا، قال المتأخِّرون: والمرأةُ تدخلُ مع العاقِلة في التحمُّلِ في هذه المسألةِ؛ لأنَّها شاركَتْهم في القتلِ حُكمًا، ولو وُجدَ قتيلًا في أرضِ رجلٍ إلى جانبِ قريةٍ ليس مالكُ الأرضِ من أهلِها: فهو على صاحبِ الأرضِ؛ لأنَّه أحقُّ بها، والله أعلَمُ.

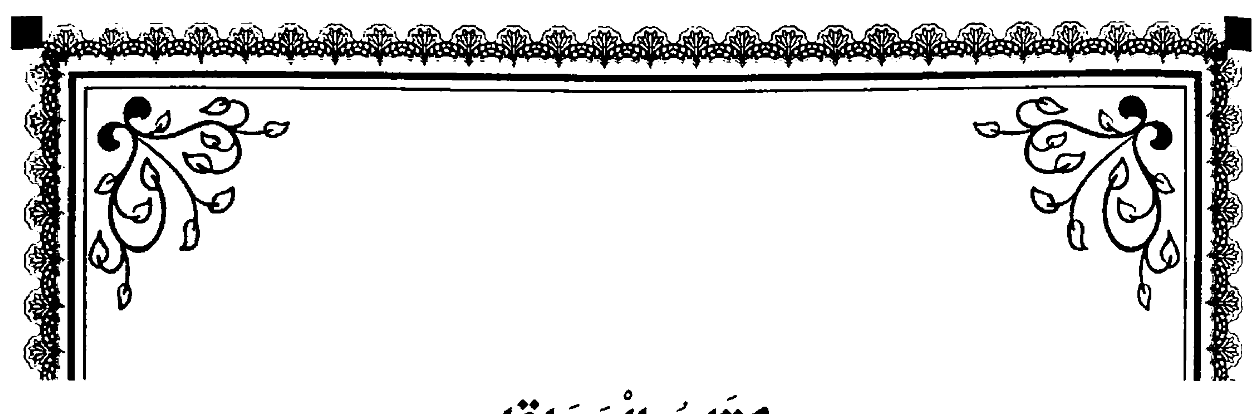
---

(١) في هامش (ف) زيادة: «الصادر».

(٢) في (ش) و(ف): «يتخرَّجُ».

(٣) انظر: «الهداية» (٤/ ٥٠٣).

(٤) في (ش) زيادة: «قال»، وفي (ف) زيادة: «من ذلك».



كِتَابُ الْمَعَاقِلِ

وَالدِّيَةُ: فِي شِبْهِ الْعَمْدِ وَالْخَطَأِ، وَكُلُّ دِيَةٍ وَجَبَتْ بِنَفْسِ الْقَتْلِ: عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَالْعَاقِلَةُ: أَهْلُ الدِّيوَانِ، إِنْ كَانَ الْقَاتِلُ مِنْ أَهْلِ الدِّيوَانِ يُؤْخَذُ مِنْ عَطَايَاهُمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، فَإِنْ خَرَجَ الْعَطَاءُ فِي أَكْثَرَ مِنْ ذلكَ أَوْ أَقَلَّ: أُخِذَ مِنْهَا، وَمَنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الدِّيوَانِ: فَعَاقِلَتُهُ قَبِيلَتُهُ، وَيُقَسَّطُ عَلَيْهِمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، لَا يُزَادُ الْوَاحِدُ مِنْهُمْ عَلَى أَرْبَعَةِ دَرَاهِمَ فِي كُلِّ سَنَةٍ، وَيُنْقَصُ مِنْها، فَإِنْ لَمْ تَتَّسِعِ الْقَبِيلَةُ لِذَلِكَ: ضُمَّ إِلَيْهَا أَقْرَبُ الْقَبَائِلِ إِلَيْهِم مِن غيرِهِم، وَيَدْخُلُ الْقَاتِلُ مَعَ الْعَاقِلَةِ، فَيَكُونُ فِيمَا يُؤَدِّي كَأَحَدِهِمْ.

كِتَابُ[1] الْمَعَاقِلِ

المعاقلُ: جمعُ: مَعقُلةٍ، وهي: الدِّيةُ[2]، وتُسمَّى[3] الدِّيةُ: عقلًا؛ لأنَّها تعقِلُ الدِّماءَ من السَّفْكِ؛ أي: تُمسِكُها.

قال: (وَالدِّيَةُ: فِي شِبْهِ الْعَمْدِ وَالْخَطَأِ، وَكُلُّ دِيَةٍ وَجَبَتْ بِنَفْسِ الْقَتْلِ: عَلَى الْعَاقِلَةِ) والعاقِلةُ: الذين يعقِلون؛ يعني: يُؤدُّون الدِّيةَ، والأصلُ في وجوبِها على العاقِلة حديثُ

---

(١) في (ج): «باب».

(٢) انظر: «لسان العرب» (١١/ ٤٦٢).

(٣) في (ش) و(ف): «سُمِّيَ».

حمَلِ بنِ مالكٍ للأولياء: «قوموا فَدُوه»[١]، ولأنَّ نفسَ الآدميِّ محترَمةٌ لا وجهَ إلى إهدارِها، والخاطئُ معذورٌ، وكذا مَن تولَّى شبهَ العمْدِ نظرًا إلى الآلةِ: فلا وجهَ إلى إيجابِ عقوبةِ القِصاصِ عليه، وفي إيجابِ مالٍ عظيمٍ عليه استئصالُه، فيصيرُ عقوبةً، فضُمَّ إليه العاقِلةُ تخفيفًا[٢]، وإنما خُصُّوا بالضَّمِّ؛ لأنَّه إنما قصَّرَ لقوَّتِه وثقتِه بأنصاره، وهم العاقِلةُ، وكانوا مقصِّرينَ في تركِهم مراقبتَه ومحافظَتَه، فخُصُّوا به.

قال: (**وَالْعَاقِلَةُ: أَهْلُ الدِّيوَانِ، إِنْ كَانَ الْقَاتِلُ**[٣] **مِنْ أَهْلِ الدِّيوَانِ**) وقال الشافعيُّ[٤]: العاقِلةُ: القبيلةُ، ولا يلزمُ أهلَ الديوانِ شيءٌ إلا أن يكونوا من القبيلةِ؛ لأنَّ العاقِلةَ كانت هي القبيلةُ في زمنِ النبيِّ عليه السَّلامُ وزمنِ أبي بكرٍ، فلو تغيَّرَ لكانَ نسخًا، ولنا: ما رُويَ عن إبراهيمَ النخَعيِّ أنَّه قال: كانت الديةُ على القبائل، فلمَّا دوَّنَ عمرُ رضي الله عنه الدواوينَ وضَعَها على أهلِ الديوانِ، فلم يُنكِرْ عليه أحدٌ[٥]، وإنه ليس بنسخٍ، بل نقلُ حكمٍ إلى محلٍّ آخَرَ؛ لانتقالِ علَّتِه إليه، وهو التناصرُ؛ لأنَّ التَّناصرَ كانَ في زمنِهما بالقبائلِ، فلما دوَّنَ الدواوينَ صار التناصرُ بأهلِ الديوانِ، كما روي: أنَّه ضاعَفَ على بني تغلِبَ[٦] الصَّدَقةَ[٧]،

---

(١) تقدَّم قريباً.

(٢) في (ش) و(ف): «تحقيقاً».

(٣) في (ش): «العاقل».

(٤) انظر: «بحر المذهب» (١٢/ ٣١٨).

(٥) رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٣٥٨٠٤) عن إبراهيم قال: إن أول من فرض العطاء عمر بن الخطاب وفرض فيه الدية كاملة.

ورواه في (٢٧٣٢٥) عن الحكم، قال: عمر أول من جعل الدية عشرة عشرة في أعطيات المقاتلة دون الناس.

(٦) في (ج): «ثعلب».

(٧) رواه البيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ٣٦٣) (١٨٧٩٥).

ووضَعَ الخَراجَ أيضًا[١]، ولم يكُنْ شيءٌ منهما في زمن النبيِّ عليه السَّلامُ، ولم يكُنْ نسخًا، كذا هذا، بل تقرير[٢] معنى التناصُر، ولهذا قالوا: لو كانَ القاتلُ من قومٍ تناصُرُهم بالحِرَف فعاقِلتُهم أهلُ حِرفَتِه، ولو كانَ بالحلفِ فأهلُه، وأهلُ الديوانِ أهلُ الراياتِ، وهم الجيشُ الذين كُتبَت أساميهِم في الديوانِ.

قال: (**يُؤْخَذُ مِنْ عَطَايَاهُمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ**) لِمَا رُوِيَ: «أنّه عليه السَّلامُ قضَى بذلك فيها»[٣]، ولأنَّ العطاءَ يُخرَجُ غالبًا في كلِّ سنةٍ مرةً.

قال: (**فَإِنْ خَرَجَ العطاءُ**[٤] **فِي أَكْثَرَ مِنْ ذلك أَوْ أَقَلَّ: أُخِذَ مِنْهَا**) لحصولِ المقصودِ.

(هـ)[٥]: وتأويله: إذا كانت العطايا للسنينِ المستقبَلةِ بعدَ القضاءِ، حتى لو اجتمعَتْ في السِّنين الماضيةِ قبلَ القضاءِ ثمَّ خرجَتْ بعدَه لا يُؤخذُ[٦] منها، ولو خرَجَ للقاتلِ ثلاثُ عطايا في سنةٍ واحدةٍ ـ يعني: في المستقبل ـ أُخذَ منها كلُّ الدِّيةِ، وإذا كانَ جميعُ الديةِ في ثلاثِ سنينَ فكلُّ ثُلثٍ منها في سنةٍ، وإذا كانَ الواجبُ في العقلِ ثُلُثَ ديةٍ أو أقلَّ كانَ في سنةٍ واحدةٍ، وما زادَ إلى تمام الثُّلثَين في السنةِ الثانية، وما زادَ عليه إلى تمامِ الديةِ في السنةِ الثالثة وقد مرَّ ذلك، وما وجبَ على القاتلِ في ماله إذا قتل الأبُ ابنَه عمدًا: في ثلاثِ سنينَ أيضاً، وقال الشافعيُّ[٧]:...............................

---

(١) رواه أبو عبيد في «الأموال» (١٦٦٧) عن الشعبي.

(٢) في (ج): «تقدير».

(٣) جاء في «التنبيه على مشكلات الهداية» (٥/ ٩٣٢): لم يثبت ذلك مرفوعًا إلى النبي ﷺ، وإنما ثبت عن عمر وعلي رضي الله عنهما، ولا يعرف لهما مخالف.

(٤) في (ش) و(ف): «العطايا».

(٥) انظر: «الهداية» (٤/ ٥٠٧).

(٦) في (ش): «حتى لا يُؤخذ»، وفي (ف): «لا يؤاخذ».

(٧) انظر: «بحر المذهب» (١٢/ ١٩٨).

في ماله حالًّا؛ لأنَّ التأجيلَ للتخفيفِ[1] في حقِّ العاقِلة، فلا يُلحقُ به العمْد المحضُ، ولنا: أنَّه وجبَ بخلافِ القياسِ مؤجَّلاً فلا يتعدَّاه، ولو قتَلَ عشَرةٌ رجلًا: فعلى كلِّ واحدٍ عُشرُ الديةِ في ثلاثِ سنينَ اعتبارًا للجزءِ بالكلِّ، وابتداءُ مدَّة ثلاثِ سنينَ من وقتِ القضاءِ؛ لأنَّ الواجبَ الأصليَّ المثلُ بالنَّصِّ، وإنما يتحوَّلُ إلى القيمةِ بالقضاءِ، فيُعتبَرُ ابتداؤُها من وقتِه كمَا في ولدِ المغرورِ.

قال: (**وَمَنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الدِّيوَانِ: فَعَاقِلَتُهُ قَبِيلَتُهُ**) لأنَّ نصرَتهم بها.

قال: (**وَيُقَسَّطُ عَلَيْهِمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، لَا يُزَادُ الْوَاحِدُ مِنْهُمْ عَلَى أَرْبَعَةِ دَرَاهِمَ فِي كُلِّ سَنَةٍ، ويُنقَصُ مِنها**) كذا ذكرَه المصنفُ، وهو إشارةٌ إلى أنَّه لا يُزادُ الواحدُ على أربعةِ دراهمَ من جميعِ الديةِ، وقد نصَّ محمدٌ على أنَّه لا يُزادُ كلُّ واحدٍ من جميعِ الديةِ في ثلاث سنين على ثلاثةٍ أو أربعةٍ[2]، فلا يؤخَذُ من كلِّ واحدٍ في كلِّ سنةٍ إلا درهمٌ أو درهمٌ وثُلثُ درهمٍ، وهو الأصحُّ.

قال: (**فَإِنْ لَمْ تَتَّسِعِ الْقَبِيلَةُ لِذَلِكَ: ضُمَّ إِلَيْهَا أَقْرَبُ الْقَبَائِلِ إِلَيهِم مِن غيرِهِم**) (هـ)[3]: معناه: نسباً، كلُّ ذلك لمعنى التَّخفيفِ، ويُضمُّ الأقربُ فالأقربُ على ترتيبِ العصَباتِ: الإخوةُ، ثم بَنُوهم، ثم الأعمامُ، ثم بَنُوهم، وأمَّا الآباءُ والأبناءُ؛ قيل: يدخُلون لقُربِهم، وقيل: لا يدخلون؛ لأنَّ الضمَّ لِنَفي الحرَجِ حتى لا يُصيبَ كلَّ واحدٍ أكثرَ من ثلاثةٍ أو أربعةٍ، وهذا المعنى يتحقَّقُ عند الكثرةِ، والآباءُ والأبناءُ لا يكثُرون، وعلى هذا حُكمُ الدياتِ، إذا لم يتَّسِعْ لذلك أهلُ رايةٍ ضُمَّ إليهم أقربُ

---

(١) في (ش) و(ف): «للتحقيق».

(٢) في (ج): «وأربعة».

(٣) انظر: «الهداية» (٤/ ٥٠٧).

الراياتِ نُصرةً إذا حزَبَهم أمرٌ، ويفوَّض ذلك إلى الإمام[١]؛ لأنَّه هو العالِمُ به، وهذا كلُّه عندنا، وقال الشافعيُّ[٢]: يجبُ على كلِّ واحدٍ نصفُ دينارٍ، فيستوي بين الكلِّ لأنَّه صلةٌ، وأدناها نصفُ دينارٍ أو خمسةُ دراهمَ، كما في نِصابِ الزكاةِ من التقديرِ[٣]، لكنَّا نقولُ: هي أحطُّ رتبةً من الزكاةِ، ولهذا تُؤخَذُ من العطايا والأرزاقِ دونَ أصلِ المالِ، ولو كانت عاقِلةُ الرجلِ أصحابَ الرِّزقِ يُقضَى بالدِّيةِ في أرزاقِهم في ثلاث سنين؛ لأنَّ الأرزاقَ صِلاتٌ كالعطايا، ثمَّ الأرزاقُ[٤] إن كانت تخرُجُ في كلِّ سنةٍ يُؤخَذُ منهم ثُلثُ الدِّيةِ في كلِّ سنةٍ، وإنْ كانت تخرُجُ في كلِّ ستةِ أشهرٍ يُؤخَذُ فيها منهم سدُسُ الدِّيةِ، وفي كلِّ شهرٍ بحصَّتِه، وإنْ خرجَتْ بعدَ القضاءِ بيوم تُؤخَذُ منه حصَّةُ[٥] ذلك الشهرَ، وإنْ كانت لهم أرزاقٌ في كلِّ شهرٍ وأُعْطِيةٌ في كلِّ سنةٍ فُرِضَتِ الديةُ في الأُعطيةِ دونَ الأرزاق؛ لأنَّه أيسرُ، والأعطيةُ أكثرُ.

قلتُ: والفرقُ بينَ الرِّزقِ والعَطِيَّةِ ما ذُكرَ في (ط): أنَّ الرِّزقَ ما يُفرَضُ له في بيتِ المالِ مقدَّراً بالحاجةِ والكفايةِ لكلِّ شهرٍ أو لكلِّ يومٍ، والعطاءَ ما يكونُ كلَّ سنةٍ، يُقدَّرُ بخبزه وغنائه[٦] في أمرِ الدينِ دونَ الحاجةِ والكفايةِ.

قلتُ: وبهذا وضَحَ الفرقُ في أنَّ الديةَ تؤخَذُ من ثلاث عَطيَّاتٍ وإنْ خرجَتْ في

---

(١) في (ش): «إلى رأي الإمام».

(٢) انظر: «مغني المحتاج» (٥/ ٣٦١).

(٣) في (ج): «من النقدين».

(٤) في (ف): «لأن الأرزاق بدل العطايا وهذا».

(٥) في (ش) و(ف): «حصته».

(٦) في (ش): «بخيره وعنايته».

سنةٍ واحدةٍ أو شهرٍ واحدٍ، ولا تؤخَذُ من ثلاثة أرزاقٍ إذا خرجَتْ في ثلاثةِ أشهرٍ أو سنةٍ؛ لأنَّ الرزقَ لمَّا كان مُقدَّرًا بالكفايةِ يخرُجُ المرتزِقُ بأخذِه، ولا كذلك العطيَّةُ.

قال: (**وَيَدْخُلُ الْقَاتِلُ مَعَ الْعَاقِلَةِ، فَيَكُونُ فِيمَا يُؤَدِّي كَأَحَدِهِمْ**) وقال الشافعيُّ[1]: لا شيءَ عليه لأنَّه معذورٌ، ولو وجبَ عليه جزؤُها لَوجبَ كلُّها، ولنا: أنَّ إيجابَ الكلِّ إجحافٌ به، ولا كذلك إيجابُ الجزء، ولئن كان القاتلُ الخاطئُ معذورٌ فالبريءُ أعذرُ منه، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤]، وليسَ على النساءِ والذَّراري ممَّن كانَ له حظٌّ في الديوانِ عقْلٌ؛ لقولِ عمرَ رضي الله عنه: «لا يعقِلُ مع العاقِلةِ صَبيٌّ ولا امرأةٌ»[2]، ولأنَّهما ليسَا من أهل النُّصرَةِ، وكذا لو كانَ القاتلُ صبيًّا أو امرأةً لا شيءَ عليهما من الدِّية.

(هـ)[3]: ولا يعقلُ أهلُ مِصْرٍ عن أهل مِصْرٍ آخَرَ إذا لم يجمعْهما ديوانٌ واحدٌ، ويعقِلُ أهلُ كلِّ مِصرٍ من أهل سوادِهِم؛ لأنَّهم أتباعٌ لأهلِ المصرِ يستنصِرُون بهم عند النَّوائبِ، ومَنْ كان منزلُه بالبصرةِ وديوانُه بالكوفةِ عقلَ عنه أهلُ الكوفةِ؛ لأنَّه يستنصِرُ بأهلِ ديوانِهِ، فالحاصلُ أنَّ الاستنصارَ بالديوانِ أظهَرُ: فلا يظهرُ معه حكمُ النُّصرةِ بالقرابةِ والنَّسبِ والولادةِ[4] وقُربِ السُّكنى وغيرِه، وبعدَ الديوانِ النُّصرة بالنَّسبِ، وعلى هذا يخرجُ كثيرٌ من مسائلِ المعاقلِ.

قلت: فعلى هذا إذا كان القاتلُ من الصَّيَّادِين في زمانِنا بخوارِزمَ وممالكِ

---

(١) انظر: «مغني المحتاج» (٥/ ٣٧٥).

(٢) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٩٩): غريب.

(٣) انظر: «الهداية» (٤/ ٥٠٨).

(٤) في (ج): «والولاد».

المتسلِّطين عليها: فعاقِلتُه الصَّيَّادون وأتباعُهم دونَ عشيرَتِه وأهلِ محَلَّتِه وأهلِ حِرفَتِه؛ لشدَّة التناصُرِ فيما بينهم، ولو كان البدويُّ نازلًا في المصرَ ولا مسكَنَ له فيه، أو المصريُّ نازلًا بالباديةِ؛ فلا عبرةَ للنزولِ فيهم ولا يعقِلونَ عنه، وأهلُ الذمَّةِ إذا كانَ لهم عواقلُ معروفةٌ يتناصَرونَ بها يعقِلون عن الخاطِئ، وإلا: ففي ماله في ثلاثِ سنينَ كالمسلِمِ؛ لأنَّ الوجوبَ في الأصلِ على القاتلِ، وإنما يتحوَّلُ إلى العاقِلة بالقضاء، فإذا لم توجَدْ له عاقِلةٌ بقيَتِ الدِّيةُ عليه، كتاجرَين مسلمَين في دارِ الحربِ قتَلَ أحدُهما صاحبَه فعقْلُه في مالِه.

(ط شب)[1]: عاقِلةُ الرجلِ أهلُ ديوانِهِ، إنْ كان من الغُزاة فالغزاةُ، وإنْ كان من الكتَّابِ فالكتَّابُ، فإنْ لم يكُنْ له ديوانٌ: فأنصارُه، فإنْ كان نصرتُه بالمحالِّ والدُّروبِ: فعليهم، وإنْ كان بأهلِ قريتِه: فعليهم، وإنْ لم يكُنْ أنصارٌ: فعلى عشيرتِه من قِبَلِ[2] أبيه، فإنْ لم يمكِنْهم: يُضمُّ إليهم أقربُ القبائل من النسَبِ ثَمَّ وثَمَّ حتى يكفيَ.

(ط ف ث): صبيٌّ رمى امرأةً ففقأ عينَها: فالديةُ في مالِه دونَ أبيه، به أفتى الفقيهُ أبو بكرٍ وأبو جعفرٍ وظَهير المرغِينانيُّ؛ لأنَّهم لا يرَونَ للعجَمِ عاقِلةً لعدمِ التناصُرِ فيما بينهم، وقال بعضُ المشايخ: للعجَمِ عواقلُ؛ لأنَّهم يتناصَرونَ كالأساكِفةِ[3] والصفَّارين[4] بمرو،

---

(١) في (ف): «ط شط».

(٢) في (ش) و(ف): «من قبيل».

(٣) الإسكاف: كل صانع سوى الخفاف فإنه الأسكف، أو الإسكاف: النجار، وكل صانع بحديدة، وحمرة الخمر. انظر: «القاموس المحيط» (١/ ٨٢٠).

(٤) الصُّفْر: ضربٌ من النحاس، وقيل هو ما صُفِر منه، والصَّفَّار: صانع الصُّفْر. انظر: «المحكم والمحيط الأعظم» (٨/ ٣٠٦).

والكَلاباديين[١] وأهلِ دربِ الخشَّابينَ ببُخارى، وكالصفَّارين والسرَّاجينَ والصرَّافين بسمَرقَندَ، وبه كان يُفتي محمدُ بنُ سلَمةَ والحَلْوانيُّ، قالوا: وعلى هذا القياسِ يكونُ طلبةُ العلم بعضُهم عاقِلةُ بعضٍ، فالحاصلُ: أنَّ التناصُرَ أصلٌ في هذا الباب، ومعنى التناصُرِ أنَّه إذا حزَبَه أمرٌ قامُوا معه في كفايتِه، وإن كانَ له متناصِرونَ من أهلِ الديوانِ والعَشيرةِ والمحَلَّةِ والسُّوقِ: فالعاقِلةُ أهلُ الديوانِ، ثم العشيرةُ، ثم أهلُ المحلَّةِ، وبه الناطِفيُّ، ثم قال الناطِفيُّ: فإن لم يكُنْ له عاقِلةٌ: ففي ماله يُؤدِّى كلَّ سنةٍ ثلاثةَ[٢] دراهمَ أو أربعةً.

قلت: وهذا حسَنٌ لا بدَّ من حفظِه، فقد رأيتُ في كثيرٍ من المواضع أنَّه تجبُ الديةُ في مالِه في ثلاث سنين.

(قخ)[٣]: إذا لم يكُنْ له عاقِلةٌ فعقلُه في بيت المال، وهكذا ذكرَ في «الجامع» و«الزيادات»، وعن محمدٍ عن أبي يوسُفَ عن أبي حنيفةَ أنها في مالِ الجاني، قلتُ: وفي زماننا بخوارِزمَ لا يكونُ إلا في مالِ الجاني، إلا إذا كان من أهلِ قريةٍ أو محَلَّةٍ يتناصرونَ؛ لأنَّ العشائرَ فيها قد فَنِيَتْ، ورحمةَ التناصُرِ من بينهم قد رُفِعَت، وبيتَ المالِ قد انهدمَ، نعم أساميها كلُّها مكتوبةٌ في الديوان ألوفًا ومئاتٍ، لكن لا يتناصَرونَ بها: فتعيَّنَ أن تجبَ في مالِه.

---

(١) وكلاباد: قرية ببخارا، وبالضم محلة بمدينة كرمينية قرب سمرقند. «تاج العروس من جواهر القاموس» (٩/ ١١٢).

(٢) في (ف) و(ش): «ثلاث».

(٣) في (ف): «فخر».

وَعَاقِلَةُ الْمُعْتَقِ: قَبِيلَةُ مَوْلَاهُ، وَمَوْلَى الْمُوَالَاةِ: يَعْقِلُ عَنْهُ مَوْلَاهُ وَقَبِيلَتُهُ، وَلَا يَعقلُ أَقَلَّ مِنْ نِصْفِ عُشْرِ الدِّيَةِ، وَيَتَحَمَّلُ نِصْفَ الْعُشْرِ فَصَاعِدًا، وَمَا نَقَصَ مِنْ ذَلِكَ فَهو فِي مَالِ الْجَانِي، وَلَا يَعْقِلُ الْعَاقِلَةُ جِنَايَةَ الْعَبْدِ، وَلَا يُعْقَلُ الْجِنَايَةُ الَّتِي اعْتَرَفَ بِهَا الْجَانِي إِلَّا أَنْ يُصَدِّقُوهُ، ولَا مَا لزمَ بالصُّلحِ.

وَإِذَا جَنَى الْحُرُّ عَلَى الْعَبْدِ جِنَايَةً خطأً كَانَتْ عَلَى عَاقِلَتِهِ.

قال: (وَعَاقِلَةُ الْمُعْتَقِ: قَبِيلَةُ مَوْلَاهُ، وَمَوْلَى الْمُوَالَاةِ: يَعْقِلُ عَنْهُ مَوْلَاهُ وَقَبِيلَتُهُ) لأنَّ نصرتَهما بهم، وأكَّدَه قوله عليه السَّلامُ: «وإنَّ مولى القومِ منهم»[1].

قال: (ولَا يَعقِلُ[2] أَقَلَّ مِنْ نِصْفِ عُشْرِ الدِّيَةِ، وَيَتَحَمَّلُ نِصْفَ الْعُشْرِ فَصَاعِدًا) والأصلُ فيه حديثُ ابن عباسٍ رضي الله عنه موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى النبيِّ عليه السَّلامُ: «لا يعقِلُ العواقلُ عَمْدًا ولا عبدًا ولا صُلحًا ولا اعتِرافًا»[3]، ولا ما دونَ أَرْشِ الموضِحةِ، وأرشُ الموضِحةِ نصفُ العُشرِ[4]، ولأنَّ تحمُّلَ العاقِلةِ تحاشياً عن الإجحافِ بالخاطئِ ولا إجحافَ به في القليلِ.

---

(١) رواه أحمد في «مسنده» (١٨٩٩٢)، والحاكم في «المستدرك» (٣٢٦٦) من حديث رفاعة بن رافع رضي الله عنه. وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي.

قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٤٨): وروي من حديث أبي هريرة، وعمرو بن عوف، وعتبة بن غزوان. وروى البخاري (٦٧٦١) من حديث أنس رضي الله عنه بلفظ: «مولى القوم من أنفسهم».

(٢) في (ج): «ولا يتحمل العاقلة».

(٣) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٧٩): غريب مرفوعاً.

ورواه مالك في «الموطأ/ رواية محمد بن الحسن» (٦٦٦)، والبيهقي في «السنن الصغير» (٣٠٨٠) عن ابن عباس موقوفاً.

(٤) في (ش): «نصف عشر الدية».

قال: (وَمَا نَقَصَ مِنْ ذَلِكَ فَهو فِي مَالِ الْجَانِي) لِما بينَّا وكالأموالِ.

قال: (وَلَا يَعْقِلُ الْعَاقِلَةُ جِنَايَةَ الْعَبْدِ، وَلَا يُعْقَلُ الْجِنَايَةُ الَّتِي اعْتَرَفَ بِهَا الْجَانِي إِلَّا أَنْ يُصَدِّقُوهُ، ولَا مَا لزم بالصُّلحِ) لِما روَينا من الحديثِ.

(هـ)[١]: ولـو أقـرَّ بالقتـلِ الخطـأِ[٢] ومضَى سـنونٌ[٣]، ثمَّ قضَى في مالِـه في ثلاثِ سـنينَ: فالتَّأجيـلُ مـن يـوم القضـاءِ، ولـو تصـادقَ القاتـلُ والولـيُّ أنَّ قاضِيَ بلـدِ كذا قضَـى بالدِّيـةِ علـى عاقلتِـه، وكذَّبهمـا العاقِلـةُ: فـلا شـيءَ عليهـم لعـدمِ الحُجَّة، ولا علـى القاتـلِ أيضاً.

قال: (وَإِذَا جَنَى الْحُرُّ عَلَى الْعَبْدِ جِنَايَةً خَطَأً كَانَتْ عَلَى عَاقِلَتِهِ) لما مرَّ أنَّه بدلُ النفسِ، خلافاً للشافعيِّ[٤] في أحدِ قولَيه، والله أعلمُ.

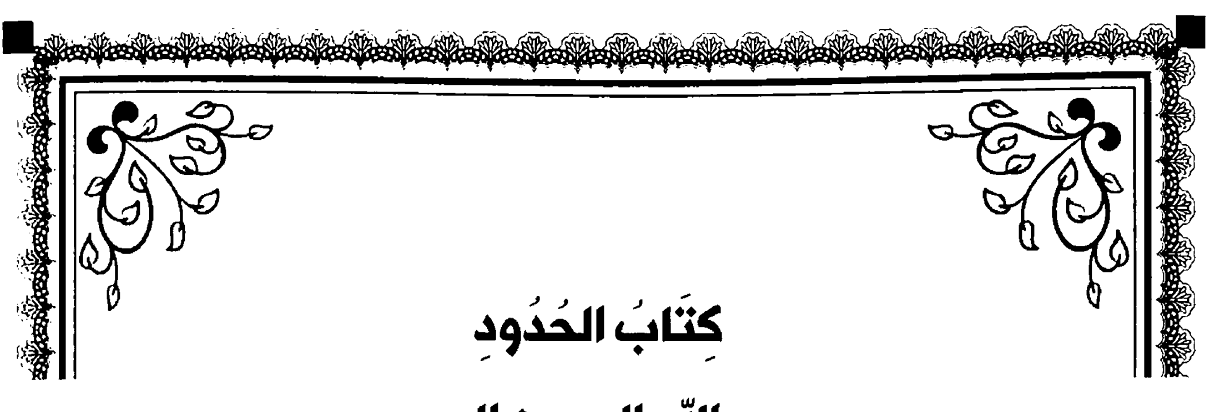
***

(١) انظر: «الهداية» (٤/ ٥١١).

(٢) في (ج): «خطأ».

(٣) في (ش): «شهور».

(٤) انظر: «التنبيه» (ص: ٢٢٨). والأصح أن القيمة تجب في ماله.



كِتَابُ الحُدُودِ

بسم الله الرحمن الرحيم

اعلم أنَّ الحدَّ في اللغةِ هو[1]: المنعُ، ومنه سُمِّيَ البوَّابُ حدَّادًا، وسمِّيتِ الحدودُ المنطقيةُ والفقهيةُ حدودًا؛ لأنَّها جامعةٌ مانعةٌ: تمنعُ دخولَ غيرِه في المحدودِ، وكذا حدودُ الدارِ لمانعيَّتِها دخولَ غيرِ المحدودِ فيه، ولمَّا كانت العقوبةُ موضوعةً للمنع من الفعلِ المنهيِّ عنه سمِّيَت حدًّا، وفي الشريعة: عبارةٌ عن كلِّ عقوبةٍ مقدَّرةٍ تُستَوفى لحقِّ الله تعالى[2]، ولهذا لا تُسمَّى عقوبةُ القِصاصِ حدًّا؛ لأنَّه يُستوفى لحقِّ الآدميِّ، ولا التعزير؛ لأنَّه ليس بمقدَّرٍ.

والحدودُ على ضربَين: ضربٌ يأتي على النفسِ؛ كالقتلِ بالرِّدةِ والرَّجمِ وقطعِ الطَّريقِ، وضربٌ لا يأتي على النفسِ؛ كحدِّ السارقِ والشاربِ والقاذفِ، وحدُّ الزِّنا على ضربَين: حدٌّ[3] محصَنٍ وغيرِ محصَنٍ، وابتدأَ المصنِّفُ رحمه الله ببيانِ حدِّ الزِّنا؛ لأنَّه أهمُّ؛ لأنَّ شهوةَ الفرجِ مجبُولةٌ في نفوسِ بني آدمَ شاملةٌ لها، فمسَّتِ الحاجةُ إلى شرعِ الحدِّ منعًا لها عن ارتكابِ المحرَّمِ منها.

***

---

(١) انظر: «الصحاح» (٢/ ٤٦٢).

(٢) انظر: «التعريفات» للجرجاني (١/ ٨٣).

(٣) قوله: «حد» ليس في (ف) و(ج).

بابٌ في حدِّ الزِّنا

الزِّنَا يَثْبُتُ بِالْبَيِّنَةِ وَالْإِقْرَارِ، فَالْبَيِّنَةُ: أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَةٌ مِن الشُّهُودِ عَلَى رَجُلٍ أَو امْرَأَةٍ بِالزِّنَا، فَيَسْأَلُهُمُ الْإِمَامُ عَنِ الزِّنَا: مَا هُوَ؟ وَكَيْفَ هُوَ؟ وَأَيْنَ زَنَى وَبِمَنْ زَنَى وَمَتَى زَنَى، فَإِذَا بَيَّنُوا ذَلِكَ، وَقَالُوا: رَأَيْنَاهُ وَطِئَهَا فِي فَرْجِهَا كَالْمِيلِ فِي الْمُكْحُلَةِ؛ سَأَلَ الْقَاضِي عَنْهُمْ، فَعُدِّلُوا فِي السِّرِّ وَالْعَلَانِيَةِ: حكمَ بِشَهَادَتِهِمْ.

وَالْإِقْرَارُ: أَنْ يُقِرَّ الْبَالِغُ الْعَاقِلُ عَلَى نَفْسِهِ بِالزِّنَا أَرْبَعَ مَرَّاتٍ فِي أَرْبَعَةِ مَجَالِسَ مِنْ مَجَالِسِ الْمُقِرِّ، كُلَّمَا أَقَرَّ رَدَّهُ الْقَاضِي، فَإِذَا تَمَّ إِقْرَارُهُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ سَأَلَهُ عَنِ الزِّنَا: مَا هُوَ؟ وَكَيْفَ هُوَ؟ وَأَيْنَ زَنَى؟ وَبِمَنْ زَنَى؟ فَإِذَا بَيَّنَ ذَلِكَ لَزِمَهُ الْحَدُّ.

قال: (**الزِّنَا يَثْبُتُ بِالْبَيِّنَةِ وَالْإِقْرَارِ**) والمرادُ: ثبوتُه عند الإمامِ؛ لأنَّ البينةَ حُجَّةٌ ظاهرةٌ، وكذلك الإقرارُ، خصُوصاً فيما له فيه مضرَّةٌ ومعَرَّةٌ، والوصُولُ إلى العلم متعذِّرٌ، فيُكتفَى بالظاهرِ.

قال: (**فَالْبَيِّنَةُ: أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَةٌ مِن الشُّهُودِ عَلَى رَجُلٍ أَو امْرَأَةٍ بِالزِّنَا**) لقوله تعالى: ﴿فَٱسْتَشْهِدُواْ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ﴾ [النساء: ١٥]، وقال في آية القَذْفِ: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ [النور: ٤]، وبقولِه عليه السَّلامُ للذي قذَفَ امرأتَه بالزِّنا: «ائتِ بأربعةٍ يشهَدونَ على صِدْقِ مَقالَتِك»[1]، ولأنَّ في اشتراطِ الأربعةِ تحقيقَ معنى السَّترِ بتضعيفِ الحجَّةِ المطلَقةِ، والسترُ مندوبٌ إليه.

---

(١) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٣٠٦): غريب بهذا اللفظ.

وروى أبو يعلى في «مسنده» (٢٨٢٤) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه، وفيه: «أربعة شهود، وإلا فحد في ظهرك».

ورواه البخاري (٤٧٤٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنه، وفيه: «البينة، وإلا حد في ظهرك».

قال: (**فَيَسْأَلُهُمُ الْإِمَامُ عَنِ الزِّنَا: مَا هُوَ؟ وَكَيْفَ هُوَ؟ وَأَيْنَ زَنَى؟ وَبِمَنْ زَنَى؟ وَمَتَى زَنَى؟**) فإذا شهِدوا يسألُهم عن هذه الأمورِ الخمسةِ عن حقيقةِ الزِّنا؛ لأنَّه عسى يُظَنُّ النظرُ المحرَّمُ زنًا نظراً إلى قولِ النبيِّ ﷺ: «العَينانِ تزنيانِ»[1]، وعن كيفيَّتِه أنَّه طوعًا أم كرهًا، وعن مكانِه؛ لجوازِ أنْ يزنيَ في دارِ الحربِ، ولا يلزَمه الحدُّ، وعن زمانِه؛ لجوازِ أنْ يتقادَمَ عهدُه: فلا تُقبَلَ شهادتُهم، وعن المزنيَّةِ؛ لجوازِ أن تكونَ جاريةَ ابنِه أو أمَةَ مُكاتَبه فلا يجبَ الحدُّ، فيستقصِي القاضِي في ذلك احتياطًا[2] لدَرْءِ الحدِّ.

قال: (**فَإِذَا بَيَّنُوا ذَلِكَ، وَقَالُوا: رَأَيْنَاهُ وَطِئَهَا فِي فَرْجِهَا كَالْمِيلِ فِي الْمُكْحُلَةِ؛ سَأَلَ الْقَاضِي عَنْهُمْ، فعُدِّلُوا فِي السِّرِّ وَالْعَلَانِيَةِ: حكمَ بِشَهَادَتِهِمْ**) ولم يكتفِ بظاهرِ العدالةِ احتياطًا[3] للدَّرءِ، قال عليه السَّلامُ: «ادرؤُوا الحدودَ ما استطعتُم»[4]، وكيفيةُ التعديلِ تأتي في بابِ الشَّهاداتِ إن شاءَ الله تعالى.

(ص): يحبِسُه حتى يَسألَ عن الشهودِ للاتِّهامِ بالجنايةِ، وقد حبَسَ رسولُ الله ﷺ

---

(١) جزء من حديث رواه البخاري (٦٢٤٣)، ومسلم (٢٦٥٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) في (ج): «احتيالًا».

(٣) في (ج): «احتيالًا».

(٤) رواه الترمذي (١٤٢٤)، والدارقطني في «السنن» (٣٠٩٧)، والحاكم في «المستدرك» (٨١٦٣)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٧٠٥٧) من حديث عائشة رضي الله عنها.

قال الترمذي: حديث عائشة لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث محمد بن ربيعة، عن يزيد بن زياد الدمشقي، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة، عن النبي ﷺ. ورواه وكيع، عن يزيد بن زياد نحوه، ولم يرفعه ورواية وكيع أصح، ويزيد بن زياد الدمشقي ضعيف في الحديث.

ورواه ابن ماجه (٢٥٤٥)، وأبو يعلى في «مسنده» (٦٦١٨) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

ورواه الدارقطني في «سننه» (٣٠٩٨) من حديث علي رضي الله عنه. وكلها لا تخلو من ضعف. انظر: «نصب الراية» (٣/ ٣٠٩)، و«البدر المنير» (٨/ ٦١١).

رجلًا بالتُّهمةِ[١]، بخلافِ الديونِ، حيثُ لا يُحبسُ فيها قبلَ ظُهورِ العدالةِ؛ لأنَّه يؤمَنُ فيه[٢] التَّوارِي.

قال: (**وَالْإِقْرَارُ: أَنْ يُقِرَّ الْبَالِغُ الْعَاقِلُ عَلَى نَفْسِهِ بِالزِّنَا أَرْبَعَ مَرَّاتٍ فِي أَرْبَعَةِ مَجَالِسَ مِنْ مَجَالِسِ الْمُقِرِّ، كُلَّمَا أَقَرَّ رَدَّهُ الْقَاضِي**) وإنما شرَطَ البلوغَ والعقلَ؛ لأنَّ قولَ الصبيِّ والمجنونِ غيرُ مُعتبرٍ أو غيرُ موجِبٍ للحدِّ، وأمَّا اشتراطُ الأربع فمذهبُنا، وقال الشافعيُّ[٣]: يَكتَفي بالمرة اعتباراً بسائرِ الحقوقِ؛ لأنَّ التَّكرارَ لا يُفيدُ زيادةَ الظهورِ، ولنا: حديثُ ماعزٍ رضي الله عنه: أنَّه عليه السَّلامُ أخَّرَ إقامةَ الحدِّ إلى أن تمَّ الإقرارُ منه أربعَ مراتٍ في أربعةِ مجالسَ[٤]، ولو ظهَرَ بما دونَها لَما أخَّرَ الواجبَ، ولأنَّ الشهادةَ فيه اختُصَّتْ بزيادةِ العددِ، فكذا الإقرارُ إعظامًا لأمرِ الزِّنا وتحرِّيًا للسَّترِ، وإنما اعتُبرَ اختلافُ المجالسِ من المقِرِّ؛ لأنَّ اتحادَ مجلِسِه يورِثُ شُبهةَ اتحادِ إقرارِه، والاختلافُ في أن يرُدَّه كلَّما أقرَّ، فيذهبُ حتى لا يراهُ، ثم يجيءُ فيُقِرُّ، هو المرويُّ عن أبي حنيفةَ، «لأنَّه عليه السلام طردَ ماعزًا في كلِّ مرةٍ حتى توارى بحيطانِ المدينة»[٥].

قال: (**فَإِذَا تَمَّ إِقْرَارُهُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ سَأَلَهُ عَنِ الزِّنَا: مَا هُوَ؟ وَكَيْفَ هُوَ؟ وَأَيْنَ زَنَى؟ وَبِمَنْ زَنَى؟ فَإِذَا بَيَّنَ ذَلِكَ لَزِمَهُ الْحَدُّ**) لتمامِ الحُجَّة، وقد بينَّا معنى السؤالِ عن الأمورِ

---

(١) رواه أبو داود (٣٦٣٠)، والترمذي (١٤١٧)، والنسائي (٤٨٧٦)، وابن الجارود في «المنتقى» (١٠٠٣) من حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده رضي الله عنه.

(٢) في (ج): «لأنه لا يؤمن فيها».

(٣) انظر: «بحر المذهب» (١٣/ ٩٠).

(٤) رواه البخاري (٧١٦٧)، ومسلم (١٦٩١) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٥) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٣١٦): غريب بهذا اللفظ. وبمعناه رواه ابن حبان في «صحيحه» (٤٤٠٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

الأربعةِ، وإنما ترَكَ السؤالَ عن الزَّمانِ في الإقرارِ؛ لأنَّ تقادُمَ العهدِ: يمنعُ قَبولَ الشَّهادةِ دونَ الإقرارِ.

(هـ)[1]: وقيل: لو سأله: جازَ؛ لجوازِ أن يكونَ في صِباه.

فَإِنْ كَانَ الزَّانِي مُحْصَنًا: رَجَمَهُ بِالْحِجَارَةِ حَتَّى يَمُوتَ، يُخْرِجُهُ إِلَى أَرْضٍ فَضَاءٍ تَبْتَدِئُ الشُّهُودُ بِرَجْمِهِ، ثُمَّ الْإِمَامُ، ثُمَّ النَّاسُ، فَإِنِ امْتَنَعَ الشُّهُودُ عَنِ الابْتِدَاءِ: سَقَطَ الْحَدُّ، فَإِنْ كَانَ مُقِرًّا: ابْتَدَأَ الْإِمَامُ ثُمَّ النَّاسُ، وَيُغَسَّلُ وَيُكَفَّنُ وَيُصَلَّى عَلَيْهِ.

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُحْصَنًا وَكَانَ حُرًّا: فَحَدُّهُ مائَةُ جَلْدَةٍ، يَأْمُرُ الْإِمَامُ بِضَرْبِهِ بِسَوْطٍ لَا ثَمَرَةَ لَهُ ضَرْبًا مُتَوَسِّطًا، وَيُنْزَعُ عَنْهُ ثِيَابُهُ، وَيُفَرَّقُ الضَّرْبُ عَلَى أَعْضَائِهِ إِلَّا رَأْسَهُ وَوَجْهَهُ وَفَرْجَهُ، وَإِنْ كَانَ عَبْدًا: جَلَدَهُ خَمْسِينَ كَذَلِكَ.

قال: (**فَإِنْ كَانَ الزَّانِي مُحْصَنًا: رَجَمَهُ بِالْحِجَارَةِ حَتَّى يَمُوتَ**) وقالت الخوارجُ: حدُّه الجَلْدُ؛ لقولِه تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي...﴾ [النور: ٢] الآية، ولنا: «أنَّه عليه السَّلامُ رجَمَ ماعزًا وقد أُحصِنَ»[2]، وقال عليه السَّلامُ: «لا يحِلُّ دمُ امرئٍ مسلمٍ إلا بإحدى معانٍ ثلاثٍ: كُفرٍ بعد إيمانٍ، وزِنًا بعد إحصانٍ، وقتلِ نفسٍ بغيرِ حقٍّ»[3]، وحديث الغامديةِ[4]،

---

(١) انظر: «الهداية» (٢/ ٣٤٠).

(٢) تقدم.

(٣) رواه الترمذي (٢١٥٨)، وابن ماجه (٢٥٣٣)، والنسائي (٤٠١٩)، والشافعي في «مسنده» (٣١٨) من حديث عثمان بن عفان رضي الله عنه. وروى البخاري (٦٤٨٤)، ومسلم (١٦٧٦) عن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة».

(٤) رواه أبو داود (٤٤٤٤)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٧١٥٨)، وأحمد في «مسنده» (٢٠٤٣٦) من حديث أبي بكرة رضي الله عنه.

وعن أبي هريرةَ: أنَّه جاء رجلٌ إلى النبي عليه السَّلامُ، فقال له: إنَّ ابني كان عَسيفًا على هذا، وإنَّه زنى بامرأتِه، ففدَيتُه بمائةِ شاةٍ، ثم استفتَيتُ أهلَ العلم فقالوا: على ابني الجَلدُ، فقال عليه السَّلامُ: «أمَّا المائةُ شاةٍ فرَدٌّ عليك، وأمَّا ابنُك فعليه جَلدُ مائةٍ، واغدُ يا أُنيسُ على امرأةِ هذا، فإنِ اعترفَتْ فارجُمْها»[1] وعليه إجماعُ الصحابة والفقهاء.

قال: (**يُخْرِجُه إِلَى أَرْضٍ فَضَاءٍ تَبْتَدِئُ الشُّهُودُ بِرَجْمِهِ، ثُمَّ الْإِمَامُ، ثُمَّ النَّاسُ**) كذا رُويَ عن عليٍّ رضي الله عنه في رجمِ شُراحةَ الهَمْدانيةِ[2]، ولأنَّ الشاهدَ الكاذبَ قد يجترِئُ على الشهادة دونَ الرجم، فيُشترَطُ بدايتُه احتيالًا للدَّرء، وقال الشافعيُّ[3]: لا يُشترَطُ كالجَلدِ، قلنا: لا يُحسنُ الجلدَ كلُّ أحدٍ، فتعيَّنَ الإمامُ من جَلدِه، بخلافِ الرجمِ.

قال: (**فَإِنِ امْتَنَعَ الشُّهُودُ عَنِ الابْتِدَاءِ: سَقَطَ الْحَدُّ**) لأنَّه دَلالةُ الرجوع.

(هـ)[4]: وكذا إذا ماتوا أو غابوا في ظاهرِ الروايةِ؛ لفواتِ الشرطِ.

قال: (**فَإِنْ كَانَ مُقِرًّا ابْتَدَأَ الْإِمَامُ ثُمَّ النَّاسُ**) كذا رويَ عن عليٍّ رضي الله عنه[5]، ورمَى رسولُ الله عليه السَّلامُ الغامديَّةَ بحصاةٍ مِثْلَ الحِمِّصَةِ[6]، وكانت قد اعترفَتْ بالزِّنا.

قال: (**وَيُغَسَّلُ وَيُكَفَّنُ وَيُصَلَّى عَلَيْهِ**) لقوله عليه السَّلامُ: «اصنعُوا به كمَا تصنعُونَ

---

(١) رواه البخاري (٦٨٢٧)، ومسلم (١٦٩٧).

(٢) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (٦٦٢٦)، وأحمد في «مسنده» (٩٧٨)، والدارقطني في «سننه» (٣٢٣٣)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ٣٨٣) عن الشعبي.

(٣) انظر: «أسنى المطالب» (٤/ ١٣٣).

(٤) انظر: «الهداية» (٢/ ٣٤١).

(٥) تقدم في حديث رجم شراحة قريباً.

(٦) رواه أبو داود (٤٤٤٤).

بموتَاكُم»[١]، ولأنَّه قُتلَ بحقٍّ فلا يسقُطُ الغُسلُ كالقِصاصِ، «وصلَّى النبيُّ عليه السَّلامُ على الغامديَّةِ بعدما رُجِمَت»[٢].

قال: (**وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُحْصَنًا وَكَانَ حُرًّا: فَحَدُّهُ مِائَةُ جَلْدَةٍ**) لقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖ﴾ [النور: ٢]، غيرَ أنَّه انتَسَخَ في حقِّ المحصَنِ لِمَا روَينا، فبقيَ في حقِّ غيرِه مَعْمُولًا به.

قال: (**يَأْمُرُ الْإِمَامُ بِضَرْبِهِ بِسَوْطٍ لَا ثَمَرَةَ لَهُ ضَرْبًا مُتَوَسِّطًا**) لأنَّ خيرَ الأمورِ أوسطُها[٣]، وعليٌّ رضي الله عنه لمَّا أرادَ إقامةَ الحدِّ كسَرَ ثمرةَ سَوطِه[٤].

(هـ)[٥]: والمتوسِّطُ بين المبرِّحِ وغيرِ المؤلمِ؛ لإفضاءِ الأولِ إلى الهلاكِ، وخلوِّ الثاني عن غرضِ الانزجارِ.

قال: (**وَيُنْزَعُ عَنْهُ ثِيَابُهُ**) يعني: ما وراءَ الإزارِ؛ لأنَّ عليًّا رضي الله عنه كان يأمرُ بالتَّجريدِ في الحدودِ[٦]، لأنَّه أبلغُ في الزجرِ.

قال: (**وَيُفَرَّقُ الضَّرْبُ عَلَى أَعْضَائِهِ**[٧]) لأنَّ الجمعَ في عضوٍ واحدٍ قد يُفضي إلى التلَفِ، وقد شُرِعَ الحدُّ للزجرِ لا للتلَفِ.

---

(١) رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١١٠١٤) من حديث علقمة بن مرثد عن أبيه رضي الله عنه.

(٢) رواه مسلم (١٦٩٦)، وأبو داود (٤٤٤٠)، والترمذي (١٤٣٥)، والنسائي (١٩٥٧)، وأحمد في «مسنده» (١٩٨٦١) من حديث عمران بن حصين رضي الله عنه.

(٣) في (ش) و(ف): «أوساطها».

(٤) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٣٢٣): غريب.

(٥) انظر: «الهداية» (٢/ ٣٤١).

(٦) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٣٢٣): غريب، وروي عنه خلافه، كما رواه عبد الرزاق في مصنفه (١٣٥٢٣).

(٧) في (ف): «أجزائه».

قال: (إِلَّا رَأْسَهُ وَوَجْهَهُ وَفَرْجَهُ[١]) لقوله عليه السَّلامُ للجلَّاد: «اتَّقِ الوجهَ والمذاكيرَ»[٢]، ولأنَّ الفرْجَ مقتلٌ، والرأسَ مجمَعُ الحواسِّ، والوجهَ مجمَعُ المحاسِنِ، فلا يؤمَنُ فواتُ شيءٍ منها بالضربِ، وذلك إتلافٌ معنًى فلا يُشرَعُ، وقال أبو يوسُفَ: يُضرَبُ الرأسُ أيضًا؛ لحديث أبي بكرٍ رضي الله عنه: اضرِبوا الرأسَ فإنَّ فيه شيطانًا، قاله ثلاثًا[٣]، وتأويلُه أنَّه قال ذلك فيمَنْ أُبيحَ قتلُه، وقيل: قاله في حقِّ حربيٍّ من دُعاةِ الكفَرةِ فكان قتلُه مُستحَقًّا.

(جص ه)[٤]: ويضرَبُ في الحدود كلِّها قائمًا غيرَ ممدودٍ؛ لقول عليٍّ رضي الله عنه: يضرَبُ الرجالُ قيامًا والنساءُ قعودًا[٥]، وقولُه: غيرَ ممدودٍ؛ أي: لا يُلقى على الأرض ويُمدُّ، وقيل: لا يُمدُّ بين العِقابَين، وقيل: لا يمدُّ يدَه حتى يرفَعَ السوطَ فوقَ رأسِه، وقيل: لا يمدُّ السَّوطَ على جلدِه بعد الضربِ، وكلُّ ذلك منهيٌّ؛ لأنَّه غيرُ مستحَقٍّ.

قال: (وإِنْ كَانَ عَبْدًا: جَلَدَهُ خَمْسِينَ كَذَلِكَ) لقوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥]، ولأنَّ الرِّقَّ مُنْقِصٌ للنعمةِ مُنقِصٌ للعقوبةِ؛ لأنَّ الجنايةَ عند تكاثُرِ النعَمِ أفحشُ وأعظمُ، فكان أدعَى إلى التَّغليظ.

---

(١) قوله: «وفرجه» ليس في (ف) و(ج).

(٢) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٣٢٤): غريب مرفوعاً، وروي موقوفاً عن علي رضي الله عنه. رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٣٥١٧)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٨٦٧٥)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٧٥٨١).

(٣) رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٩٠٣٣) عن القاسم. قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٣٢٤): في سنده المسعودي وهو ضعيف.

(٤) انظر: «الهداية» (٢/ ٣٤٢).

(٥) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٣٥٣٢)، ورواه البيهقي في «الصغرى» (٢٧٢٢).

فَإِنْ رَجَعَ الْمُقِرُّ عَنْ إِقْرَارِهِ قَبْلَ إِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهِ، أَوْ فِي وَسَطِهِ: قُبِلَ رُجُوعُهُ، وَخُلِّيَ سَبِيلُهُ، وَيُسْتَحَبُّ لِلْإِمَامِ أَنْ يُلَقِّنَ الْمُقِرَّ الرُّجُوعَ، وَيَقُولَ لَهُ: لَعَلَّكَ لَمَسْتَ أَوْ قَبَّلْتَ.

وَالرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ، غَيْرَ أَنَّ الْمَرْأَةَ لَا يُنْزَعُ عَنْهَا مِنْ ثِيَابِهَا إِلَّا الْفَرْوَ وَالْحَشْوَ، وَإِنْ حفرَ لَهَا فِي الرَّجْمِ: جَازَ، وَلَا يُقِيمُ الْمَوْلَى الْحَدَّ عَلَى عَبْدِهِ إِلَّا بِإِذْنِ الْإِمَامِ.

فَإِنْ رَجَعَ أَحَدُ الشُّهُودِ بَعْدَ الْحُكْمِ قَبْلَ الرَّجْمِ: ضُرِبُوا الْحَدَّ، وَسَقَطَ الحَدُّ عَن الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ، فَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ الرَّجْمِ: حُدَّ الرَّاجِعُ وَحْدَهُ، وَضَمِنَ رُبعَ الدِّيَةِ، وَإِنْ نَقَصَ عَدَدُ الشُّهُودِ عَنِ الْأَرْبَعَةِ: حُدُّوا.

قال: (فَإِنْ رَجَعَ الْمُقِرُّ عَنْ إِقْرَارِهِ قَبْلَ إِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهِ، أَوْ فِي وَسَطِهِ: قُبِلَ رُجُوعُهُ، وَخُلِّيَ سَبِيلُهُ) وقال ابنُ أبي ليلى والشافعيُّ[1]: يُحَدُّ؛ لأنَّه وجَب بإقراره فلا يسقُطُ برجوعِه؛ كالقِصاص وحدِّ القذفِ وسائر الحقوق، ولنا: أنَّ الرجوعَ خبرٌ يحتمِلُ الصِّدقَ كالإقرارِ، ولا يكذِّبُه فيه أحدٌ، فتتحقَّقُ الشُّبهةُ في الإقرارِ، بخلافِ سائرِ الحقوقِ؛ لوجودِ مَن يُكذِّبُه.

قال: (وَيُسْتَحَبُّ لِلْإِمَامِ أَنْ يُلَقِّنَ الْمُقِرَّ الرُّجُوعَ، وَيَقُولَ لَهُ: لَعَلَّكَ لَمَسْتَ أَوْ قَبَّلْتَ) لقوله عليه السَّلامُ لماعزِ بنِ مالك: «لعلَّك لمستَها أو قبَّلتَها»[2].

(ص): وينبغي أن يقولَ له الإمامُ: لعلك تزوَّجتَها، أو وطِئتَها بشبهةٍ.

قال: (وَالرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ) لإطلاق النصِّ.

قال: (غَيْرَ أَنَّ الْمَرْأَةَ لَا يُنْزَعُ عَنْهَا مِنْ ثِيَابِهَا إِلَّا الْفَرْوَ وَالْحَشْوَ) لأنَّها عورةٌ، وإنما ينزَعُ عنها الفروُ والحشوُ لتحصُلَ مصلحةُ الزَّجر.

---

(١) قال في «مغني المحتاج» (٥/ ٤٥٢): ولو أقر ثم رجع سقط الحد.

(٢) تقدم تخريجه.

قال: (وَإِنْ حفَرَ لَهَا فِي الرَّجْمِ: جَازَ)؛ «لأنَّه عليه السَّلامُ حفَرَ للغَامِديةِ إلى ثَنْدُوَتِها»[١]، وعليٌّ رضي الله عنه حفَرَ لشُراحةَ الهَمْدانيةِ[٢]، وإن تركَ الحفرَ: جازَ، والحفرُ أولى؛ لأنَّه أسترُ، ولا يُحفرُ للرجلِ لحديثِ ماعزٍ.

قال: (وَلَا يُقِيمُ الْمَوْلَى الْحَدَّ عَلَى عَبْدِهِ إِلَّا بِإِذْنِ الْإِمَامِ) وقال الشافعيُّ[٣]: له إقامتُه بغيرِ إذنِ الإمامِ كالتَّعزيرِ، ولأنَّ ولايتَه عليه أكملُ من ولايةِ الإمامِ، ولنا: قولُه عليه السَّلامُ: «أربعٌ إلى الولاةِ»[٤]، وذكرَ منها الحدودَ، ولأنَّه حقُّ الله تعالى، وكانَ استيفاؤه إليه، ولهذا لا يسقُطُ بإسقاطِ العبدِ، بخلافِ التعزيرِ؛ لأنَّه حقُّ العبدِ، ولهذا يُعزَّرُ الصَّبيُّ، وحقُّ الشَّرعِ موضُوعٌ عنه.

قال: (فإِنْ رَجَعَ أَحَدُ الشُّهُودِ بَعْدَ الْحُكْمِ قَبْلَ الرَّجْمِ: ضُرِبُوا الْحَدَّ، وَسَقَطَ الحَدُّ[٥]) لأنَّ الإمضاءَ من القضاء؛ لأنَّه المقصودُ، ولهذا لا يحتاجُ إلى قضاءٍ في حكمه[٦] أو ما يجرِي مجراهُ، فكان الإمضاءُ هو القضاء، وقال محمدٌ: حُدَّ الراجعُ وحدَه؛ لأنَّه لا يصدُقُ على أصحابِه.

---

(١) رواه أبو داود (٤٤٤٣)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٨٨٠٥)، وأحمد في «مسنده» (٢٠٣٧٨) من حديث ابن أبي بكرة عن أبيه رضي الله عنهما.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) انظر: «التهذيب» (٧/ ٣٢٨).

(٤) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٣٢٦): غريب. وقال ابن حجر في «الدراية» (٢/ ٩٩): لم أجده.
وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٨٤٣٩)، وابن زنجويه في «الأموال» (٢١٤٤) عن ابن محيريز، قال: الجمعة والحدود والزكاة والفيء إلى السلطان.
وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٨٤٣٨) عن الحسن، قال: أربعة إلى السلطان: الزكاة والصلاة والحدود والقضاء.

(٥) في (ج): «الرجم».

(٦) في (ج): «كله».

(ك)[١]: وإن رجَعَ أحدُهم قبل الحُكم يُحَدُّون عندنا، وقال زُفَرُ: حُدَّ[٢] الراجعُ وحدَه؛ لأنَّه لا يصدُقُ إلا في حقِّ نفسه، ولنا: أنَّ نقصانَ العددِ في البقاءِ كنقصانِه في الابتداءِ، كردَّةِ أحدِهم.

قال: (**فَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ الرَّجْمِ: حُدَّ الرَّاجِعُ وَحْدَهُ، وَضَمِنَ رُبعَ الدِّيَةِ**) لأنَّه صارَ قاذفًا للحالِ بالشَّهادةِ السَّابقةِ، وإنما يضمنُ الرُّبعَ لحصولِ التلفِ بأربعةٍ هو أحدُهم.

قال: (**وَإِنْ نَقَصَ عَدَدُ الشُّهُودِ عَنِ الْأَرْبَعَةِ: حُدُّوا**) لأنَّهم قذفوا.

(ك): إذا طلبَ المشهودُ عليه ذلك، وكذلك لو شَهِدَ أربعةٌ في مجالسَ لا في مجلسٍ واحدٍ، وقال الشافعيُّ[٣]: لا يُحدُّون؛ لأنَّهم جاؤوا محتسِبينَ[٤] لا قاذِفين، ولنا: ما رُويَ أنَّه شهِدَ ثلاثةٌ على المغيرةِ بنِ شُعبةَ عند عمرَ رضي الله عنه بالزِّنا، فقام زيادٌ وكان الرابعَ، فقال: رأيتُ أقداماً باديةً، وأنفاساً عاليةً، وأمراً مُنكَراً، ولا أعلمُ ما وراءَ ذلك، فحدَّ عمرُ الشُّهودَ الثلاثةَ[٥] بمحضَرٍ من الصَّحابةِ.

(**شط جص**): ولو وُجدَ بعد الحدِّ أحدُهم عبدًا أو محدودًا في قذفٍ؛ يُحدُّون لتبيُّنه[٦] أنهم كانوا ثلاثةً، فإن وُجدوا فُسَّاقًا: لم يُحَدُّوا؛ لأنَّ لهم أداءً، ولو وُجِدوا

---

(١) قوله: «ك» ليس في (ش).

(٢) في (ج): «يحد».

(٣) انظر: «البيان» (١٣/ ٣٢٦ ـ ٣٢٧)، أحد قولين عند الشافعية.

(٤) في (ج): «لأنهم صاروا محتبسين».

(٥) رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٨٨٢٤)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٦١٣٤)، والحاكم في «المستدرك» (٥٨٩٢)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٧٠٤٣). وانظر: «نصب الراية» (٣/ ٣٤٤).

(٦) في (ش) و(ف): «لتبيينه».

عُميانًا أو عبيدًا أو محدودِين[١]: حُدُّوا؛ لأنَّه لا شهادةَ لهم، ولو شهدَ خمسةٌ فرجَعَ أحدُهم بعدَ الرجمِ: لا شيءَ عليه لبقاءِ الحجَّة، فإنْ رجَعَ آخرُ غَرِما ربعَ الدِّيةِ؛ لبقاءِ ثلاثةِ أرباعِ الحقِّ ببقاءِ الثلاثةِ، فإنَّ المعتبَرَ بقاءُ مَن بقيَ لا رجوعُ مَن رجعَ، ولو شهدوا أنَّه زنى بفلانةٍ وهي غائبةٌ: حُدَّ، بخلافِ السرقةِ من الغائبِ؛ لاشتراطِ الدَّعوى ثمَّةَ، فإنْ شهدوا أنَّه زنى بامرأةٍ لا يعرِفونَها: لم يُحدُّوا، ولو أقرَّ بذلك: يُحَدُّ، ولو اختلفوا في المزنيِّ بها، أو في الزمان، أو في المكان: لم تُقبَلْ[٢]، ولم يُحدُّوا في الحالَين، ولو اختلفوا في الثوبِ الذي كانَ عليهما وقتَ الزِّنا، أو في لونِه، أو في طولِ المزنيِّ بها وقِصَرِها، أو في سِمَنِها وهزالِها: لم يضُرَّه؛ لأنَّهم اختلفُوا فيما لا يحتاجونَ إليه.

قلتُ: وهذا أصلٌ جليلٌ حسَنٌ أنَّ الشهودَ متى اختلفوا فيمَا لا يحتاجونَ إليه لا يضُرُّهم ذلك.

فصلٌ فِي الإِحْصَانِ

وَشَرْطُ الإِحْصَانِ: أَنْ يَكُونَ حُرًّا، عَاقِلًا، بَالِغًا، مُسْلِمًا، قَدْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً نِكَاحًا صَحِيحًا وَدَخَلَ بِهَا، وَهُمَا عَلَى صِفَةِ الْإِحْصَانِ.

وَلَا يُجْمَعُ فِي الْمُحْصَنِ بَيْنَ الْجَلْدِ وَالرَّجْمِ، وَلَا يُجْمَعُ فِي الْبِكْرِ بَيْنَ الْجَلْدِ وَالنَّفْيِ، إِلَّا أَنْ يَرَى الْإِمَامُ فِي ذَلِكَ مَصْلَحَةً، فَيُغَرِّبَهُ عَلَى قَدرِ مَا يَرى، وذَلِكَ تعزيرٌ وسياسةٌ.

قال: (**وَشَرْطُ الإِحْصَانِ: أَنْ يَكُونَ حُرًّا، عَاقِلًا، بَالغًا، مُسْلِمًا، قَدْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً نِكَاحًا صَحِيحًا وَدَخَلَ بِهَا وَهُمَا عَلَى صِفَةِ الْإِحْصَانِ**) حتى لو كانت أَمَةً، أو صغيرةً، أو مجنونةً، أو كتابيَّةً: لا يصيرُ محصَناً؛ لتكامُلِ النِّعمةِ بهذه الصِّفاتِ الخمسِ والاستغناءِ عن الحرامِ.

---

(١) في (ف) زيادة: «في قذف».

(٢) قوله: «إلا في المتقاربين استحساناً» ليس في (ش) و(ج).

وعن أبي يوسُفَ: يصيرُ محصَنًا بالكتابيَّةِ؛ لأنَّ وَطْأها كاملٌ، ولهما قوله عليه السَّلامُ: «لا تُحْصِنُ المسلمَ اليهوديةُ ولا النصرانيةُ، ولا الحرَّ الأمَةُ، ولا الحرَّةَ العبدُ»[1]، وقال الشافعيُّ[2]: الإسلامُ ليس بشرطٍ: «لأنه عليه السَّلامُ رجَمَ يهوديَّين»[3]، ولنا: أنَّه كان في ابتداءِ الإسلامِ ثم نُسخَ؛ لقوله عليه السَّلامُ: «مَن أشركَ بالله فليسَ بمُحْصَنٍ»[4].

قلتُ: وقولُه: «ودخَلَ بهَا وهمَا عَلى صفَةِ الإِحْصَانِ» إشارةٌ إلى أنَّه لو كانت منكوحَتُه كافرةً، أو مملوكةً، أو صبيةً، أو مجنونةً وقتَ الدخولِ، ثمَّ زالَ ذلك الوصفُ: لا يكونُ محصَنًا.

(**شط**): إلا أنْ يطأَها بعد زوالِ هذه الصفاتِ، ولو أنكرَ المحصَنُ الدخولَ في النكاحِ وله امرأةٌ ولَدَت منه: يُرجَمُ، ولو أقرَّ بالدخولِ: ثبَتَ إحصانُهما، ولو أقرَّ به أحدُهما: ثبَتَ في حقِّه دونَ الآخرِ، والإحصانُ يثبُتُ بشهادَةِ رجلٍ وامرأتَين خلافًا لزُفَرَ، ويَسأَلُ شهودَ الإحصانِ: ما هو؟ وكيف هو؟ فإن ذكروا الشرائطَ، وقالوا: دخلَ بها؛ كفاه؛ لأنَّ الدُّخولَ بها لا يستعمَلُ إلا للوَطءِ، خلافًا لمحمدٍ؛ لأنَّه يُستعمَلُ للزيادَةِ.

---

(١) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٣٢٨): غريب. ثم ذكر آثار عدة تشهد للمسألة.

(٢) انظر: «روضة الطالبين» (١٠/ ٩٠).

(٣) رواه البخاري (٣٤٣٦)، ومسلم (١٦٩٩)، وأبو داود (٤٤٤٦) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(٤) رواه ابن راهويه كما في «نصب الراية» (٣/ ٣٢٧)، والدارقطني في «السنن» (٣٢٩٥)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٦٩٣٧) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، وصوب الدارقطني وقفه.

والموقوف: رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٨٧٥٤)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (١١/ ٤٤٦)، والدارقطني (٣٢٩٤)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٦٩٣٦).

وانظر: «نصب الراية» (٣/ ٣٢٧).

قال: (وَلَا يُجْمَعُ فِي الْمُحْصَنِ بَيْنَ الْجَلْدِ وَالرَّجْمِ) لأنَّه عليه السَّلامُ لم يجمَعْ بينهما، ولأنَّ الرجمَ أقصى العقوبات ويهلِكُ به، فيخلُو الجَلْدُ عن مَصلحةِ الزَّجرِ.

قال: (وَلَا يُجْمَعُ فِي البِكْرِ بَيْنَ الجَلْدِ وَالنَّفْيِ) وقال الشافعيُّ[1]: يجمَعُ بينهما حدًّا؛ لقوله عليه السَّلامُ: «البِكرُ بالبِكرِ جَلدُ مائةٍ وتغريبُ عامٍ»[2]، ولأنَّ فيه حسمَ باب الزِّنا لقلَّةِ المعارفِ في الغُربةِ، ولنا قوله تعالى: ﴿فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا﴾ [النور: ٢]، جعَلَ الجلدَ كلَّ الموجَبِ بدَلالةِ حرفِ الفاء للجزاءِ، ولأنَّ في التغريبِ فتْحَ باب الزِّنا؛ لزوالِ منعِ العشائرِ والاستحياءِ منهم، والحديثُ انتسَخَ كشَطرِه الآخَرِ، وهو قولُه عليه السَّلامُ: «الثَّيِّبُ بالثَّيِّبِ جَلدُ مائةٍ ورَجْمٌ بالحجارةِ».

قال: (إِلَّا أَنْ يَرَى الْإِمَامُ فِي ذَلِكَ مَصْلَحَةً، فَيُغَرِّبُهُ عَلَى قَدر مَا يَرى، وذَلِكَ تعزيرٌ وسياسةٌ) لأنَّه قد لا ينزجِرُ إلا به.

وإِذَا زَنَى الْمَرِيضُ وَحَدُّهُ الرَّجْمُ: رُجِمَ، وَإِنْ كَانَ حَدُّهُ الْجَلْدَ: لَمْ يُجْلَدْ حَتَّى يَبْرَأَ، وَإِذَا زَنَتِ الْحَامِلُ: لَمْ تُحَدَّ حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا، وَإِنْ كَانَ حَدُّهَا الْجَلْدَ: فَحَتَّى تَتَعَالَى مِنْ نِفَاسِهَا، وَإِنْ كَانَ حَدُّهَا الرَّجْمَ: رُجِمَتْ فِي الحَالِ.

وَإِذَا شَهِدَ الشُّهُودُ بِحَدٍّ مُتَقَادِمٍ، لَمْ يَقْطَعْهُمْ عَنْ إِقَامَتِهِ بُعْدُهُمْ عَنِ الْإِمَامِ: لَمْ يقْبَلْ شَهَادَتهُمْ إِلَّا فِي حَدِّ الْقَذْفِ خَاصَّةً.

قال: (وإِذَا زَنَى الْمَرِيضُ وَحَدُّهُ الرَّجْمُ: رُجِمَ) لأنَّ إتلافَه مستحَقٌّ، فلا يمتنِعُ[3] بسببِ المرضِ.

---

(١) انظر: «أسنى المطالب» (٤/ ١٢٩).

(٢) رواه مسلم (١٦٩٠)، وابن ماجه (٢٥٥٠)، والبزار في «مسنده» (٢٦٨٦)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤٨٤٨)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٦٩٦٨) من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه.

(٣) في (ج): «يمنع».

قال: (**وَإِنْ كَانَ حَدُّهُ الْجَلْدَ: لَمْ يُجْلَدْ حَتَّى يَبْرَأَ**) حتى لا يُفضيَ إلى الهلاك، وإنه غيرُ مستحَقٍّ، ولهذا لا يُقطعُ عند شدةِ الحرِّ أو البردِ.

قال: (**وَإِذَا زَنَتِ الْحَامِلُ: لَمْ تُحَدَّ حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا**) كي لا يؤدِّيَ إلى هلاك نَفْسٍ محترَمةٍ؛ وهو الولدُ، ولأنَّ الغامديةَ لمَّا أقرَّتْ بالزِّنا وهي حاملٌ قال عليه السَّلامُ: «اذهَبِي حتى تضَعِي ولدَكِ»[1]، وهمَّ عمرُ رضي الله عنه برَجْمِ الحامل فقال علي رضي الله عنه: إنْ كانَ لك عليها سبيلٌ فلا سبيلَ لك على ولَدِها[2].

قال: (**وإن كَانَ حدُّهَا الجَلدَ: فحَتَّى تَتَعَالَى مِن نِفَاسِها**) أي: تخرُجَ؛ لأنَّه مرضٌ، والمريضُ يؤخَّرُ إلى البُرء، ورُويَ عن أبي حنيفةَ: حتى يستغنيَ عنها ولدُها إذا لم يكُنْ له أحدٌ يقوم بتربيته.

قال: (**وَإِنْ كَانَ حَدُّهَا الرَّجْمَ: رُجِمَتْ فِي الحَالِ**) لما مرَّ.

قال: (**وَإِذَا شَهِدَ الشُّهُودُ بِحَدٍّ مُتَقَادمٍ، لَمْ يَقْطَعْهُمْ عَنْ إِقَامَتِهِ بُعْدُهُمْ عَنِ الْإِمَامِ: لَمْ يقبَلْ شَهَادَتهُمْ إلَّا فِي حَدِّ الْقَذْفِ خَاصَّةً**) (حص): وإذا شهدوا بسرقةٍ أو شربِ خمرٍ أو زنًا بعد حينٍ: لم يُحدَّ وضمِنَ السرقةَ، والأصلُ فيه أن الحدودَ الخالصةَ حقًّا لله تعالى تبطُلُ بالتقادمِ خلافاً للشافعيِّ[3]، كالإقرارِ وسائرِ الحقوقِ، ولنا: أنَّ الشاهدَ مخيَّرٌ بين حِسبتَين: أداءِ الشَّهادةِ والسَّتر، ثمَّ التأخيرُ إنْ كانَ لاختيارِ السَّتر فالشَّهادةُ بعدَ ذلك لضَغينةٍ حملَتْه وعداوةٍ حرَّكته ظاهرًا، فيُتَّهمُ فيها، ولا شهادةَ لمتَّهَمٍ، وإن كانَ تأخيرُه لا

---

(١) رواه مسلم (١٦٩٥)، وأبو داود (٤٤٤٢)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٧١٥٩)، وأحمد في «مسنده» (٢٢٩٤٩) من حديث بريدة رضي الله عنه.

(٢) رواه الدارقطني في «سننه» (٣٨٧٦)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٥٥٥٨) إلا أن قائله معاذ بن جبل وليس علي بن أبي طالب رضي الله عنهما.

(٣) انظر: «روضة الطالبين» (١٠/ ٩٨).

للسَّترِ يصيرُ فاسقًا آثمًا، ولا شهادةَ لفاسقٍ، فيتحقَّقُ[١] المانعُ بالتقادُمِ بيقينٍ: فلا تُقبلُ بخلافِ الإقرارِ؛ لأنَّ المرءَ لا يُعادِي نفسَه، وحدُّ الزِّنا والخمرِ والسَّرقةِ خالصُ حقِّ الله تعالى، بدليلِ صحَّةِ الرجوعِ عنها بعدَ الإقرارِ، فكانَ التَّقادمُ فيه[٢] مانعًا، وحدُّ القذفِ فيه حقُّ العبدِ حتى لا يصِحَّ الرجوعُ عنه، وكذا سائرُ الحقوقِ، ولأنَّ التأخيرَ فيها كانَ لعدمِ الدَّعوى فلا يُفسَّقُ، على أن السرِقةَ تُقامُ سرًّا فيجبُ على الشاهدِ إعلامُه، فيفسقُ بتركِه وكتمانِه.

(هـ)[٣]: ثم التقادمُ كما يمنعُ قَبولَ الشهادةِ في الابتداء يمنعُ الحدَّ بعد القضاءِ عندنا، خلافًا لزُفَرَ، حتى لو هرَبَ بعدما ضُربَ بعضَ الحدِّ، ثم أُخذَ بعد تقادُمِ الزمان؛ لا يُقامُ عليه الحدُّ، واختُلفَ في حدِّ التقادمِ، فأشار في «الجامع» والطحاويُّ في كتابِه إلى ستةِ أشهرٍ، وأبو حنيفةَ فوَّضَه إلى رأيِ القاضي في كلِّ زمانٍ، وعن محمدٍ: أنَّه مقدَّرٌ[٤] بشهرٍ، وهو روايةٌ عن أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ، وهو الأصحُّ، ولو كان بينهم وبين القاضي مسيرةُ شهرٍ تُقبلُ؛ لأنَّ التأخيرَ للعذرِ، والتقادمُ في حدِّ الشُّرب كذلك عند محمدٍ، وعندَهما: بزوالِ الرائحةِ على ما يأتي.

(**شط**): قال شهودُ الزِّنا: تعمَّدْنا النظرَ فرأينا ذكَرَه في فرجِها: تُقبلُ؛ لأنَّه أطلقَ لهم[٥] فيه لإقامةِ الحِسْبةِ، وكذا عندَ الضَّرورةِ، وهي: الاحتقانُ والخِتانُ والمداوَاةُ والولادةُ[٦] واستِكشافُ البَكارةِ والعيبِ والرَّدِّ به، فإن وُجدَتِ امرأةٌ يُفعَلُ ذلك بها: فهي

---

(١) في (ف): «فتحقق».

(٢) في (ج): «فيها».

(٣) انظر: «الهداية» (٢/ ٣٥٠).

(٤) في (ج): «قدره».

(٥) في (ش) و(ف): «لأنَّهم أطلَقُوا».

(٦) في (ج): «والولاد».

أَولى من الرجلِ، وإلا: سُترَ ما وراءَ موضعِ الضَّرورةِ، وكان أبو حنيفةَ يرى الحمَّاميَّ النظر إلى العورةِ، كالختَّان، وعن بعضِ المتقدِّمين: يجوزُ النظرُ إلى الفَخِذ، ومنهم مَن أباحَ كَشْفَ العورةِ في الحمَّام.

وَمَنْ وَطِئَ أَجْنَبِيَّةً فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ: عُزِّرَ، وَلَا حَدَّ عَلَى مَنْ وَطِئَ جَارِيَةَ وَلَدِهِ وَوَلَدِ وَلَدِهِ وَإِنْ قَالَ: عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ، وَإِذَا وَطِئَ جَارِيَةَ أَبِيهِ أَوْ أُمِّهِ أَوْ زَوْجَتِهِ، أَوْ وَطِئَ الْعَبْدُ جَارِيَةَ مَوْلَاهُ، وقَالَ: عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ: حُدَّ، وَإِنْ قَالَ: ظَنَنْتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي: لَمْ يُحَدَّ.

وَمَنْ وَطِئَ جَارِيَةَ أَخِيهِ أَوْ عَمِّهِ وَقَالَ: ظَنَنْتُ أَنَّهَا حَلَالٌ: حُدَّ.

قال: (**وَمَنْ وَطِئَ أَجْنَبِيَّةً فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ: عُزِّرَ**) لأنَّه محرَّمٌ وليس بزِنًا.

قال: (**وَلَا حَدَّ عَلَى مَنْ وَطِئَ جَارِيَةَ وَلَدِهِ ووَلَدِ وَلَدِهِ وَإِنْ قَالَ: عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ، وَإِذَا وَطِئَ جَارِيَةَ أَبِيهِ أَوْ أُمِّهِ أَوْ زَوْجَتِهِ، أَوْ وَطِئَ الْعَبْدُ جَارِيَةَ مَوْلَاهُ، وقَالَ: عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ: حُدَّ، وَإِنْ قَالَ: ظَنَنْتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي: لَمْ يُحَدَّ**) والأصلُ فيه أنَّ الوطءَ الموجِبَ للحدِّ الزِّنا، والزِّنا في عُرفِ الشرعِ واللسانِ: وطءُ الرجلِ امرأةً في القُبُلِ في غيرِ المِلْكِ وشبهةِ المِلْكِ، دلَّ عليه قولُه عليه السَّلامُ: «ادرَؤُوا الحدودَ بالشُّبهاتِ»[1].

ثم الشُّبهةُ نوعان: شبهةٌ حكميَّةٌ، وهي شبهةُ المِلك، وشبهةُ اشتباهٍ، وهي الشُّبهةُ

---

(١) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٣٣٣): غريب بهذا اللفظ، وذكر أنه في «الخلافيات» للبيهقي عن علي، وفي «مسند أبي حنيفة» عن ابن عباس.

قال البيهقي في «السنن الصغير» (٣/ ٣٠٢): روي عن عمر، وعلي، وابن مسعود، وغيرهم من الصحابة في «درء الحدود بالشبهات».

في الفعلِ، فالأولى تثبُتُ في المحلِّ؛ لقيامِ الدليلِ النَّافي للحرمَةِ فيه في ذاتِه، ولا يتوقَّفُ على ظنِّ الجاني الإباحةَ، والثانيةُ تتحقَّقُ في حقِّ مَن اشتبهَ عليه؛ لأنَّ معناه أنْ يظنَّ غيرَ الدليلِ دليلًا، ولا بدَّ من الظَّنِّ ليتحقَّقَ الاشتباهُ، والحدُّ يسقطُ بالنوعَين لإطلاقِ الحديثِ، والنَّسَبُ يثبُتُ في الأولى إذا ادَّعَى الولدَ، ولا يثبُتُ في الثانيةِ وإن ادَّعَاه وصدَّقَتْه؛ لأنَّ الفعلَ تمحَّضَ زِنًا فيها دونَ الأولى، فالشُّبهةُ في المحلِّ في ستَّةِ مواضِعَ: جاريةِ ولدِه، والمطلَّقةِ بائنةً[1] بالكنَاياتِ، والجاريةِ المَبيعةِ في حقِّ البائعِ قبل التسليمِ، والممهورةِ في حقِّ الزوجِ قبلَ القبضِ، والمشترَكةِ بينَه وبينَ غيرِه، والمرهُونةِ في حقِّ المرتهِنِ في روايةِ كتابِ الرَّهنِ: فلا يجبُ الحدُّ في هذه الستَّة، وإن قال: علِمْتُ أنَّها عليَّ حرامٌ؛ للدَّلالةِ[2] النافيةِ فيها للحُرمَةِ.

(هـ)[3]: ثمَّ الشبهَةُ عندَ أبي حنيفةَ تثبُتُ بالعقدِ وإن كان متفَقًا على تحريمِهِ وهو عالمٌ به، كنكاحِ المحارمِ، وعندَ الباقين: لا تثبُتُ، وشبهةُ الاشتباهِ تثبُتُ في ثمانيةِ مواضعَ: جاريةِ أبيه وأمِّه وزوجتِه، والمطلَّقةِ ثلاثًا وهي في العِدَّة، وبائنًا بالطَّلاقِ على مالٍ وهي في العِدَّة، وأمِّ ولدِه أعتقَهَا وهي في العِدَّة، وجاريةِ مولاه، والجاريةِ المرهُونةِ في حقِّ المرتهِنِ في رواية (كتاب الحدود) وهو الأصحُّ، والمستَعيرُ للرهنِ فيه بمنزلة المرتهِنِ، ففي هذه المواضعِ لا يُحدُّ إذا قال: ظننتُ أنها تحِلُّ لي، وإذا قال: علمتُ أنها حرامٌ عليَّ؛ حُدَّ لعدمِ الاشتباه.

(قد شح شس): المختلِعةُ ينبغِي أن تكونَ كالمطلَّقةِ ثلاثًا لحرمتِها إجماعًا، وفي «جمعِ النسَفيِّ»: لا يُحدُّ[4] وإنْ علم حُرمتَها؛ لاختلافِ الصَّحابةِ في

---

(١) في (ج): «بائناً».

(٢) في (ج): «أنها حرام على الأدلة».

(٣) انظر: «الهداية» (٢/ ٣٤٥).

(٤) في (ج): «لا حد عليه».

كونـهِ بائنًـا، وكـذا لـو وطِـئَ امرأتَـه وقـد ارتـدَّتْ، أو طاوعَـتِ ابـنَ زوجِهَـا، أو زنى بأمِّها أو بنتِها.

(**شط**): وفي «الشافي»: بدعوى المرأة الشُّبهةَ: يسقطُ الحدُّ عن الرجلِ في ظاهرِ الروايةِ.

(ع): تسقُطُ خلافًا لأبي حنيفةَ، وفي «شرح النُّوياغيِّ»: يثبُتُ النَّسَبُ في المطلَّقة ثلاثًا؛ لأنَّه وطِئَ بشبهةِ العقدِ، وذلك كافٍ لثبوتِ النَّسَبِ.

(**شـب**): تـزوَّجَ بمحرمـةٍ، أو معتـدَّةِ الغيـرِ، أو منكوحتِـه، ووطِئَها وقـال: ظننتُ أنهـا تحِـلُّ لـي: لا يُحـدُّ ويُعـزَّرُ، وإن قـال: علِمـتُ حُرمتَهـا فكذلـكَ عندَ أبـي حنيفةَ خلافًـا لهما.

مكلَّفٌ زنى بصبيةٍ أو مجنونةٍ أو نائمةٍ: حُدَّ ولا حدَّ عليها، ولو زنى صبيٌّ أو مجنونٌ بمكلَّفةٍ طائعةٍ: فلا حدَّ عليه ولا عليها، خلافًا لزُفَرَ والشافعيِّ[1] فيها.

أمـةٌ[2] دعَـتْ صبيًّا فزنى بهـا: يضمَنُ المهـرَ؛ لأنَّ أمرَهـا لم يصِحَّ، وكـذا الصبيُّ لـو زنـى بصبيـةٍ، وكذا لو كانـت بالغةً مكرَهـةً، وفي «فتـاوى الفضليِّ»: مراهـقٌ تزوَّجَ بالغـةً بغيـر إذنِ أبيـه ووطئَهـا، وردَّ الأبُ النكاحَ: فلا مهـرَ على الصبـيِّ؛ لأنَّ قولَه غيرُ مُعتبَرٍ.

قـال: (وَمَـنْ وَطِـئَ جَارِيَـةَ أَخِيـهِ أَوْ عَمِّهِ، وَقَـالَ: ظَنَنْتُ أَنَّهَـا حلالٌ[3]: حُـدَّ) لقلَّةِ الانبسـاطِ فيما بينهمـا، وكذا سـائرُ المحارمِ.

---

(١) انظر: «مغني المحتاج» (٥/ ٤٤٦).

(٢) في (ص): «صبية».

(٣) في (ف) زيادة: «لي».

وَمَنْ زُفَّتْ إِلَيْهِ غَيْرُ امْرَأَتِهِ وقُلْنَ النِّسَاءُ: إِنَّهَا زَوْجَتُكَ، فَوَطِئَهَا: فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ، وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ، وَمَنْ وَجَدَ امْرَأَةً عَلَى فِرَاشِهِ فَوَطِئَهَا: فَعَلَيْهِ الْحَدُّ.

وَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً لَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا فَوَطِئَهَا: لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الْحَدُّ، وَمَنْ أَتَى امْرَأَةً فِي الْمَوْضِعِ الْمَكْرُوهِ، أَوْ عَمِلَ عَمَلَ قَوْمِ لُوطٍ: فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَيُعَزَّرُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: هُوَ كَالزِّنَا فَيُحَدُّ.

قال: (**وَمَنْ زُفَّتْ إِلَيْهِ غَيْرُ امْرَأَتِهِ وقُلْنَ النِّسَاءُ: إِنَّهَا زَوْجَتُكَ، فَوَطِئَهَا: فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ، وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ**) بذلك قضى عليٌّ رضي الله عنه وبالعِدَّةِ؛ لوجودِ الإخبارِ في مَوضعِ الاشتباه، ويثبُتُ النَّسبُ، ولا يُحدُّ قاذفُه، إلا في روايةٍ عن أبي يوسُفَ لعدمِ المِلْكِ حقيقةً.

قلتُ: سألني بعضُ أصحابي أنَّه: كيف يستقيمُ قولُه: (وقلنَ النساءُ) وهذا ضميرُ جماعةِ النساءِ قبل ذكرِهنَّ؟ قلتُ: هو شائعٌ في كلامِ العربِ، قال الله تعالى: ﴿وَأَسَرُّواْ ٱلنَّجْوَى ٱلَّذِينَ ظَلَمُواْ﴾ [الأنبياء: ٣]، وقال الطَّائيُّ[1]:

فلو كانَتِ الأرزاقُ تجرِي على الحِجَى ... هَلَكْنَ إذاً مِن جَهْلِهِنَّ البَهائِمُ

قال: (**وَمَنْ وَجَدَ امْرَأَةً عَلَى فِرَاشِهِ فَوَطِئَهَا: فَعَلَيْهِ الْحَدُّ**) لعدمِ الاشتباهِ عليه بعد طُولِ الصُّحبةِ، فلم يكنْ ظنُّه مُستنِدًا[2] إلى دليلٍ، وكذا لو كانَ أعمَى؛ لأنَّه يمكِنُه التَّمييزُ بالسؤالِ وغيرِه، إلا إذا دعَاها فأجابتْه أجنبيةٌ وقالت: أنا زوجتُك؛ لأنَّ الإخبارَ دليلٌ.

---

(١) ذكره الدينوري في «عيون الأخبار» (١/ ٣٤٩)، والثعالبي في «التمثيل والمحاضرة» (ص: ٩٥).

(٢) في (ش) و(ف): «يكُنْ له مُستنَدٌ».

قال: (وَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً لَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا فَوَطِئَهَا: لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الْحَدُّ) عند أبي حنيفةَ، ولكن يوجَعُ عقوبةً إذا علِمَ بذلك، وقال أبو يوسُفَ ومحمدٌ والشافعيُّ[١]: عليه الحدُّ إذا كان عالمًا بذلك؛ لأنَّه عقدٌ لم يصادِفْ محَلَّه فيلْغُو؛ لأنَّ محلَّ الشيءِ ما يقبَلُ حُكمَه وهو الحِلُّ، وهي من المحرَّمات، ولأبي حنيفةَ أنَّه صادَف محلَّه؛ لأنَّ محلَّ التصرُّفِ ما يقبَلُ مقصودَه، والأنثى من بني آدمَ محلُّ اقتضاءِ الشهوةِ والتَّوالُدِ، وكان ينبغي أن ينعقِدَ في حقِّ جميعِ الأحكام، لكنه تخلَّفَ لمانعٍ، فأورثَ الشُّبهةَ؛ لأنَّ الشُّبهةَ هي الدليلُ الذي تخلَّفَ عنه المدلولُ؛ لأنَّ الشبهةَ ما يشبِهُ[٢] الثابتَ لا الثابتُ، وقد مرَّ تمامُه قبلَ ذلك.

قال: (وَمَنْ أَتَى امْرَأَةً فِي الْمَوْضِعِ الْمَكْرُوهِ، أَوْ عَمِلَ عَمَلَ قَوْمِ لُوطٍ: فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَيُعَزَّرُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: هُوَ كَالزِّنَا فيُحَدُّ) وهو أحدُ قولَي الشافعيِّ[٣]، وفي قولٍ: يُقتَلان بكلِّ حالٍ؛ لقوله عليه السَّلامُ: «اقتُلوا الفاعلَ والمفعولَ به»[٤]، ورُويَ: «فارجُموا الأعلى والأسفَلَ»[٥].

(جص): عندَ أبي حنيفةَ: يُعزَّرُ ويُودَعُ السِّجنَ، لهما: أنَّه قضى الشهوةَ في محلٍّ

---

(١) انظر: «روضة الطالبين» (١٠/ ٩٤).

(٢) في (ش) و(ف): «ما يشتبه».

(٣) انظر: «المهذب» (٣/ ٣٣٩).

(٤) رواه أبو داود (٤٤٦٢)، والترمذي (١٤٥٦)، وابن ماجه (٢٥٦١)، وعبد الرزاق في «مصنفه» (١٣٤٩٢)، وأحمد في «مسنده» (٢٧٢٧)، والحاكم في «المستدرك» (٨٠٥٠) من حديث ابن عباس رضي الله عنه.

قال الترمذي: هذا حديث في إسناده مقال.

(٥) رواه ابن ماجه (٢٥٦٢)، وأبو يعلى في «مسنده» (٦٦٨٧)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (٣٨٣٣)، والخرائطي في «مساوئ الأخلاق» (٤١٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

مشتهًى على الكمالِ، وقد تمحَّضَ حرامًا لقصدِ سفْحِ الماء، فكان كالزِّنا، ولِما مرَّ من الأمرِ بالرَّجمِ، وله: أنَّه ليسَ بزنًا؛ لاختلافِ الصَّحابةِ في موجبِه من الإحراقِ بالنارِ، وهَدْمِ الجدارِ، والتَّنكيسِ من مكانٍ مُرتفِعٍ بإتْبَاعِ الأحجارِ، معَ اتفاقِهم بموجبِ الزِّنا، ولا هو في معنى الزِّنا؛ لأنَّه ليسَ فيه إضاعةُ الولدِ واشتباهُ الأنسابِ، ولأنَّه أندرُ وقوعًا لعدمِ الدَّاعِي من أحدِ الجانبَين.

(شط): ولا يجبُ بها[1] العُقرُ[2]، ولا العِدَّةُ في النِّكاحِ الفاسدِ، ولا في المأتيِّ بها بشُبهةٍ، ولا الحِلُّ للزوجِ الأولِ في النِّكاحِ الصَّحيحِ.

(شب): ولا الرَّجعةُ، ولا حرمةُ المصَاهَرة عندَ الأكثرِ، ولا الكفَّارةُ في رمَضانَ في روايةٍ، وفي «الشافي»: لو فعَلَ ذلك بعبدِه أو أمَتِه أو منكُوحتِه: لم يُحدَّ إجماعًا[3]، وفي «الروضة»: الخلافُ في الغلامِ، وفي المرأةِ يُحدُّ بالإجماع[4]، وفي «الشافي»: والقاذفُ بها لا يُحدُّ خلافًا لهما، وكذا لو قذفَ امرأتَه بها: لم يلاعنْ خلافًا لهما.

وعن الصفَّار: يكفُرُ مستحِلُّها عندَ الجمهورِ.

(شذ): قال أبو ذرٍّ: لا يكفُرُ لخلافٍ[5] حُكيَ فيه، والله تعالى أعلم بحالِه في الفسقِ.

(شط): والمحكيُّ في الزوجةِ والأمَةِ عن نافعٍ ومالكٍ[6] وابنِ أنسٍ وابنِ القُرظيِّ[7]،

---

(١) أي: باللواط.

(٢) العُقْرُ: المهْر، «المحيط في اللغة» (١/ ١٦).

(٣) في (ف): «اتفاقاً».

(٤) في (ش): «بالاتفاق».

(٥) في (ش): «بخلاف».

(٦) انظر: «شرح مختصر خليل» للخرشي (٨/ ٧٦).

(٧) هو: محمد بن كعب القرظي.

وروايةٍ عن ابن عمرَ[١]، وبعضِ أصحابِ الشافعيِّ[٢] وفيه آثارٌ، ومستحلٌّ بتأويلِ القرآن، وهو مذهبُ الشِّيعةِ والإماميَّة، وعن ابن القُرطيِّ[٣]: أنَّه سمِعَ الشافعيَّ يقولُ: ما صحَّ عن النبيِّ عليه السَّلامُ في تحريمِه، ولا في تحليلِه شيءٌ، والقياسُ: أنَّه حلالٌ[٤]، وعن مالكٍ: ما أدركتُ أحدًا أقتدِي به في دِيني يشكُّ أنَّه حلالٌ[٥].

وفي الغُسلِ بنفسِ الإيلاجِ اختلافٌ، قيل: لا يجبُ عندَ أبي حنيفةَ، خلافًا لهما.

(شج): يجبُ عند أبي يوسُفَ، والصَّحيحُ من مذهبِهما أنَّه لا يجبُ.

(شس): الوجوبُ مجمَعٌ عليه على الفاعل والمفعول.

وَمَنْ وَطِئَ بَهِيمَةً: فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ.

وَمَنْ زَنَى فِي دَارِ الْحَرْبِ، أَوْ فِي دَارِ الْبَغْيِ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْنَا: لَمْ يُقَمْ عَلَيْهِ الْحَدُّ.

قال: (وَمَنْ وَطِئَ بَهِيمَةً: فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ) لأنَّه ليسَ في معنى الزِّنا في كونِه جنايةً وفي الداعي إليه؛ لأنَّ الطباعَ السليمةَ تنفِرُ عنه، والحاملُ عليه نهايةُ السَّفَهِ أو فرْطُ الشَّبَقِ[٦]، ولهذا لا يجبُ سَترُه ويعزَّرُ.

(هـ)[٧]: والذي يُروى أنَّه تُذبَحُ البهيمةُ وتُحرَقُ بالنار، فذاك لقطعِ التحدُّثِ به[٨]، وليس بواجبٍ.

---

(١) رواه البخاري في (٤٢٥٣)، وابن جرير الطبري في «تفسيره» (٣/ ٧٥١).

(٢) انظر: «البيان» (٩/ ٥٠٤).

(٣) كذا في الأصول والصواب كما في كتب المذهب: محمد بن عبد الله بن عبد الحكم.

(٤) انظر: «التلخيص الحبير» لابن حجر (٣/ ٣٧٢).

(٥) انظر: «المغني» لابن قدامة (١٠/ ٢٢٦)، وفيه: وأهل العراقِ من أصحاب مالكٍ يُنكرون ذلك.

(٦) الشَّبَق: شدة الغُلْمَة وطلب النكاح. انظر: «لسان العرب» (١٠/ ١٧١).

(٧) انظر: «الهداية» (٢/ ٣٤٧).

(٨) في (ش): «عنه».

(جس جت): أتى بهيمةً: ذُبحت ويُكرَهُ الانتفاعُ بها في حياتِها وموتِها، وأطلقَ الطحاويُّ أنها إذا كانت له ذُبحت ولم تؤكَلْ، وعن أبي يوسُفَ: أنها لا تُحرَقُ إذا كانت تُؤكَلُ.

(جس): كان أبو عبدِ الله الجُرجانيُّ يقولُ: قولُ أصحابنا: تُذبَحُ وتُحرقُ، على وجهِ الاستحبابِ؛ لأنَّه مستخبَثٌ عادةً.

(جت): إذا كانت تؤكَلُ تُذبَحُ ثم تؤكَلُ عندَ أبي حنيفةَ ولا تُحرَقُ، وعندَ أبي يوسُفَ: تُحرَقُ، وأُتيَ عمرُ رضي الله عنه برجلٍ أتى بهيمَةً فلم يحُدَّه، وأمرَ بها فأُحرِقَتْ بالنارِ[1]، والتحريقُ بعدَ الذبحِ، ولو كانت لغيرِه: يضمَنُ القيمةَ، ثم تُذبَحُ فتُحرَق.

(ط): في «غريب الرواية»: المعلَّى عن أبي يوسُفَ: أتى بهيمةً فلا غُسلَ عليه إلا أن يُنزِلَ، ويعزَّرُ وتُذبَحُ ثم تُحرقُ عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ.

(شس): الإحراقُ غيرُ واجبٍ، لكنَّها تُذبَحُ وتؤكَلُ، وقالا: تُحرَقُ، ويضمنُ الفاعلُ القيمةَ.

قال: **(وَمَنْ زَنَى فِي دَارِ الْحَرْبِ، أَوْ فِي دَارِ الْبَغْيِ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْنَا: لَمْ يُقَمْ عَلَيْهِ الْحَدُّ)** وقال الشافعيُّ[2]: يُقامُ لالتزامِه أحكامَنا بإسلامِه، ولنا قوله عليه السَّلامُ: «لا تُقامُ الحدودُ في دار الحربِ»[3]، ولأنَّه عارٍ عن غرَضِ الانزجارِ لانقطاعِ ولايةِ الإمامِ فيهما.

---

(١) رواه محمد بن الحسن في «الأصل» (٧/ ١٨٩) بلاغاً عن عمر رضي الله عنه.
وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٨٥٠٧) قال عمر: «ليس على من أتى بهيمة حد».

(٢) انظر: «روضة الطالبين» (١٠/ ٩٤).

(٣) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٣٤٣): غريب.
ورواه أبو يوسف في «الرد على سير الأوزاعي» (ص: ٨١)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٨٢٢٥) عن زيد بن ثابت رضي الله عنه موقوفاً.

(جص ه)[١]: مستأمنٌ زنى بذِمِّيَّةٍ[٢]، أو ذِمِّيٌّ زنى بحربيَّةٍ: يُحَدُّ الذِّمِّيُّ والذِّمِّيَّةُ دونَ الحربيِّ، وهو قولُ محمدٍ أيضاً في الذِّمِّيِّ زنى بحربيةٍ، ولو زنى حربيٌّ بذِمِّيَّةٍ: لا يُحدَّان عنده، وهو قولُ أبي يوسُفَ الأولُ، ثمَّ قال: كلُّهم يُحدُّون، ولو زنى صحيحٌ بمجنُونةٍ أو مراهِقةٍ حُدَّ الرجلُ خاصةً بالإجماعِ، ولو أقرَّ أربعًا أنَّه زنى بفُلانةٍ، وقالت هي: تزوَّجَني، أو على العكسِ: فلا حدَّ عليهما، وعليه المهرُ.

(ط): وكذا لو قال: اشتريتُها، سواءٌ كانت حرةً أو أمَةً، أو قال: اشترَيتُ هذه الأمَةَ وصاحبُها بالخيارِ، وقال هو: لم أبِعْها؛ لم يُحدَّ، ولو زنى بجاريةٍ، فقتَلَها بفعلِه: فعليه الحدُّ والقيمةُ خلافًا لأبي يوسُفَ في الحدِّ.

(شط): افتَضَّ بِكرًا طائعةً[٣] بالزِّنا، فأفضاها بلا دعوى شُبهةٍ من أحدهما: يُحدَّانِ ولا عُقرَ، وإن ادَّعى الشُّبهةَ: لم يُحدَّ ويجبُ العُقرُ، ثمَّ إن كانت تستمسِكُ البولَ بالإفضاءِ: يجبُ ثلُثُ الديةِ مع العُقرِ، وإلَّا: فالديةُ دونَ العُقرِ، وعند محمدٍ: مع العُقرِ، وإن كانَ الإفضاءُ بخشَبةٍ أو إصبَعٍ: فكذلك الجوابُ، إلا في خَصلةٍ واحدةٍ وهو أنَّ أرْشَ الإفضاءِ: يجِبُ في ماله؛ لأنَّه عَمْدٌ، بخلافِ الذكَر.

***

(١) انظر: «الهداية» (٢/ ٣٤٧).

(٢) في (ج): «بحربية».

(٣) في (ص): «بالغة».

بَابُ حَدِّ الشُّرْبِ

وَمَنْ شَرِبَ الْخَمْرَ، فَأُخِذَ وَرِيحُهَا مَوْجُودٌ، فَشَهِدَ الشُّهُودُ بِذَلِكَ عَلَيه أَو أَقَرَّ: فَعَلَيْهِ الْحَدُّ، وَإِنْ أَقَرَّ بَعْدَ ذَهَابِ رِيحِهَا: لَمْ يُحَدَّ.

قال: (**وَمَنْ شَرِبَ الْخَمْرَ، فَأُخِذَ وَرِيحُهَا مَوْجُودٌ فَشَهِدَ الشُّهُودُ بِذَلِكَ عَلَيه أَو أَقَرَّ: فَعَلَيْهِ الْحَدُّ**) أو جِيْءَ به سكرانَ؛ لأنَّ جنايةَ الشُّربِ قد ظهَرَت ولم يتقادَمِ العهدُ: فيُحَدُّ؛ لقوله عليه السَّلامُ: «مَن شربَ الخمرَ فاجلِدُوه، فإن عادَ فاجلِدُوه»[1].

قال: (**وَإِنْ أَقَرَّ بَعْدَ ذَهَابِ رِيحِهَا: لَمْ يُحَدَّ**) عندَ أبي حنيفةَ وأبـي يوسُفَ، وقال محمدٌ: يُحدُّ، فالتقادمُ: يمنعُ قَبولَ الشَّهادةِ بالاتفاقِ، غيرَ أنَّه مقدَّرٌ بالزمانِ عنده كالزِّنا؛ لأنَّ التأخيرَ إنما يتحقَّقُ بمُضيِّ الزمانِ، والرائحةُ مشترَكةُ الدلالةِ، وعندهما: يُقدَّرُ بزوالِ الرائحةِ؛ لقولِ ابن مسعودٍ رضي الله عنه فيه: فإنْ وجَدتُم رائحةَ الخمرِ فاجلِدُوه، ولأنَّ قيامَ الأثرِ من أقوى الدَّلالةِ على القُربِ، وصِيرَ إلى الزمان في الزِّنا لتعذُّرِ اعتبار الأثرِ، والروائحُ إنما تشتبِهُ على الجهَّالِ دونَ البُصَراء، وأمَّا الإقرارُ فالتقادمُ لا يبطِلُه عند محمدٍ كما في الزِّنا، وعندهما: لا يُقامُ الحدُّ إلا عند الرائحَةِ؛ لأنَّ حدَّ الشُّربِ ثبتَ بإجماعِ الصَّحابةِ ولا إجماعَ، إلَّا برأي ابنِ مسعودٍ وقد شرَطَ هو[2] قيامَ الرائحة، وإن أخذَه الشهودُ وريحُها يوجَدُ منه أو سكران، فلمَّا ذهَبُوا به إلى مصرٍ فيه الإمامُ فانقطَعَتْ رائحتُه: حُدَّ في قولهم؛ لأنَّه عذرٌ كبُعْدِ المسافةِ في حدِّ الزِّنا.

---

(١) رواه أبو داود (٤٤٨٢)، والترمذي (١٤٤٤)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٥٢٧٨)، وابن ماجه (٢٥٧٣)، وأحمد في «مسنده» (١٦٨٤٧)، وابن حبان في «صحيحه» (٤٤٤٦) من حديث معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهما.

وله طرق عدة ذكرها الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٣٤٦).

(٢) في (ش) و(ف): «وهو».

فصلٌ
فيمَنْ سكرَ من النَّبيذِ

وَمَنْ سَكِرَ مِن النَّبِيذِ: حُدَّ، وَلَا حَدَّ عَلَى مَنْ وُجِدَ مِنْهُ رِيحُ الْخَمْرِ أَوْ تَقَيَّأَهَا، وَلَا يُحَدُّ السَّكْرَانُ حَتَّى يُعْلَمَ أَنَّهُ سَكِرَ مِن النَّبِيذِ وَشَرِبَهُ طَوْعًا، وَلَا يُحَدُّ حَتَّى يَزُولَ عَنْهُ السُّكْرُ.

وَحَدُّ الْخَمْرِ وَالسُّكْرِ مِن النَّبِيذِ فِي الْحُرِّ: ثَمَانُونَ سَوْطًا يُفَرَّقُ الضَّرْبُ عَلَى بَدَنِهِ كَمَا ذُكِرَ فِي حَدِّ الزِّنَا، وَإِنْ كَانَ عَبْدًا: فَحَدُّهُ أَرْبَعُونَ سَوْطًا.

قال: (وَمَنْ سَكِرَ مِن النَّبِيذِ: حُدَّ) لأنَّ عمرَ رضي الله عنه أقامَ الحدَّ على نصرانيٍّ سكِرَ من النَّبيذِ، ولأنَّه محرَّمٌ، فأشبَه الخمرَ، قال عليه السَّلامُ: «حُرِّمتِ الخمرُ لعينِها، قليلُها وكثيرُها، والسُّكرُ من كلِّ شرابٍ»[1].

قال: (وَلَا حَدَّ عَلَى مَنْ وُجِدَ مِنْهُ رِيحُ الْخَمْرِ أَوْ تَقَيَّأَهَا) لأنَّ الرائحةَ محتمِلةٌ، والشربَ قد يقعُ عن إكراهٍ واضطرارٍ.

قال: (وَلَا يُحَدُّ السَّكْرَانُ حَتَّى يُعْلَمَ أَنَّهُ سَكِرَ مِن النَّبِيذِ وَشَرِبَهُ طَوْعًا) لأنَّه قد يسكَرُ من المباحِ، فإنَّ مَن أكلَ العِنَبَ ووقَفَ في الشَّمسِ يسكَرُ، والسُّكرُ من المباحِ: لا يوجِبُ الحدَّ كالبَنجِ، ولبنِ الرِّماك، وكذا سُكرُ المكرَه.

قال: (وَلَا يُحَدُّ حَتَّى يَزُولَ عَنْهُ السُّكْرُ) تحصيلًا لمصلحة الزَّجر.

---

(١) رواه العقيلي في «الضعفاء» (٤/ ١٢٣) من حديث علي رضي الله عنه مرفوعاً. قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٠٦): أعلَّه بمحمد بن الفرات، ونقل عن يحيى بن معين أنه قال فيه: ليس بشيء، ونقل عن البخاري أنه قال: منكر الحديث، وقال العقيلي: لا يتابع عليه. ورواه النسائي (٥٦٨٤)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٤٠٦٧)، وأبو يوسف في «الآثار» (١٠١٠) عن ابن عباس موقوفاً.

فصلٌ
في حدِّ الخَمْرِ

وَحَدُّ الْخَمْرِ وَالسُّكْرِ مِن النَّبِيذِ فِي الْحُرِّ: ثَمَانُونَ سَوْطًا، ويُفَرَّقُ الضَّرْبُ عَلَى بَدَنِهِ كَمَا ذَكَرْنا فِي الزِّنَا، وَإِنْ كَانَ عَبْدًا: فَحَدُّهُ أَرْبَعُونَ.

وَمَنْ أَقَرَّ بِشُرْبِ الْخَمْرِ وَالسَّكَرِ، ثُمَّ رَجَعَ: لَمْ يُحَدَّ.

قال: (وَحَدُّ الْخَمْرِ وَالسُّكْرِ مِن النَّبِيذِ فِي الْحُرِّ: ثَمَانُونَ سَوْطًا) لإجماعِ الصَّحابةِ رضي الله عنهم، وعن عليٍّ رضي الله عنه أنَّه قالَ: مَن سكرَ هذى، ومَن هذى افترى، وحدُّ المفترِي في كتابِ الله تعالى ثمانون جلدةً[1]، قالَه حين جلَدَ عمرُ رضي الله عنه في السُّكرِ أربعين، فدخل عليه خالدٌ رضي الله عنه، فقال: إن الناسَ قد انهمَكوا في شُربِ الخمرِ، فاستشارَ الصَّحابةَ حولَه في الحدِّ، فقال ذلك، فعملَ بقولِه باتفاقِ الصَّحابة، وقال عبدُ الرحمن: تجعله كأخفِّ[2] الحدودِ، وأخفُّها ثمانون[3]، وقال الشافعيُّ[4]: حدُّه أربعون، وإن ضمَّ الإمامُ إليه أربعينَ على طريق التعزيرِ: جازَ؛ لِما رويَ: «أنه عليه

---

(١) رواه مالك في «الموطأ/ رواية محمد بن الحسن» (٧١٠)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٥٢٦٩)، والشافعي في «مسنده» (١/ ٢٨٦)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (٤٤٤١)، والدارقطني في «سننه» (٣٣٤٤)، والبيهقي في «معرفة السنن والآثار» (١٧٤٢٣).

(٢) في (ج): «كأحد».

(٣) رواه مسلم (١٧٠٦)، وأبو داود (٤٤٧٩).

(٤) انظر: «أسنى المطالب» (٤/ ١٦٠).

السَّلامُ جلَدَ فيه أربعين، وأبو بكرٍ رضي الله عنه جلد فيه أربعين»[١] قلنا: روى أبو سعيدٍ الخدريُّ: «أنَّ النبيَّ عليه السَّلامُ جلَدَ في الخمرِ بنعلَين أربعَين أربعَين»[٢]، ورُويَ: أنَّ أبا بكرٍ جلدَ فيها أربعَين بجرِيدتَين[٣]، فاتَّفق العددُ وإن اختلفَ الوصفُ على أنَّه رويَ: «أن النبيَّ عليه السَّلامُ جلدَ أربعين، وأبو بكرٍ أربعين، وعمرُ أربعين»[٤] ثم لمَّا استشارَ الصَّحابة جلَدَ باتفاقِهم ثمانين، ولا يجوزُ أن يختارَ عمرُ بعد هذه الرواياتِ إلا ما يقرِّرُ عليه الشرعُ، على أنَّ الإجماعَ المتأخِّرَ حُجَّةٌ كافيةٌ وافيةٌ راجحةٌ على تلكِ الرواياتِ، فإن قلتَ: يجوزُ[٥] أن يزيدَ عمرُ الأربعينَ تعزيرًا، قلتُ: لا يجوزُ الزيادةُ على حدودِ الله بدونِ البيان، على أنَّه لا يُجمَعُ بين الحدِّ والتعزيرِ إلا بعدَ وجودِ سببِهما، ولم يرِدْ ذلك فيه، والأصلُ وظاهرُ الحالِ ينفِيانِ ذلك.

قال: (وَيُفَرَّقُ الضَّرْبُ عَلَى بَدَنِهِ كَمَا ذَكَرْنا فِي الزِّنَا، وَإِنْ كَانَ عَبْدًا: فَحَدُّهُ أَرْبَعُونَ) لأنَّ الرِّقَّ منصِّفٌ للنِّعَم والنِّقَم على ما عُرفَ.

قال: (وَمَنْ أَقَرَّ بِشُرْبِ الْخَمْرِ وَالسَّكَرِ، ثُمَّ رَجَعَ: لَمْ يُحَدَّ) لأنَّ الرجوعَ يحتمِلُ الصِّدقَ والكذِبَ كالإقرارِ، فكان شُبهةً.

---

(١) هذا جزء من الحديث قبله.

(٢) رواه الطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (٤٩١٢).

(٣) روى مسلم (١٧٠٦) عن أنس بن مالك: «أن النبي ﷺ أتي برجل قد شرب الخمر فجلده بجريدتين نحو أربعين، قال: وفعله أبو بكر».

(٤) رواه أبو داود (٤٤٨٨)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٥٢٦٤)، والطبراني في «الأوسط» (٢/ ٢٥٨) (١٩١٦)، والدارقطني في «سننه» (٤/ ١٩٧) (٣٣٢٥). من حديث عبد الرحمن بن الأزهر رضي الله عنه

(٥) في (ش): «فإن قلت لم لا يجوز».

فصلٌ
في ثبوتِ الشُّربِ

وَيَثْبُتُ الشُّربُ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ، أَوْ بِإِقْرَارِهِ مَرَّةً وَاحِدَةً، وَلَا تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ.

قال: (وَيَثْبُتُ الشُّربُ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ أَوْ بِإِقْرَارِهِ مَرَّةً وَاحِدَةً) وعن أبي يوسُفَ: أنَّه يُشترَطُ فيه الإقرارُ مرَّتَين، وهو نظيرُ الاختلاف في السرِقة، وهو قول زُفَرَ؛ لأنَّه حدٌّ، فيعتبرُ فيه الإقرارُ بعددِ الشهودِ كما في حدِّ الزِّنا، ولنا: أنَّ كلَّ ما يثبُتُ بشهادةِ شاهدَين يثبُتُ بالإقرارِ مرةً كسائرِ الحقوقِ.

قال: (وَلَا تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ) لأنَّ فيها شُبهةَ البدَليةِ وتُهمةَ الضَّلالِ والنسيانِ، والبدَلُ لا يَجرِي في الحدودِ، ككتابِ القاضِي إلى القاضِي وشهادَةِ الفروعِ.

(جـص ه)[1]: والسكرانُ الذي يُحدُّ ـ يعني: بسبب سُكرِه ـ هو الذي لا يعقِلُ منطِقًا قليلًا ولا كثيرًا، ولا يعقِلُ الرجلُ من المرأةِ عندَ أبي حنيفةَ أخذًا بالأقصى احتيالًا لـدَرءِ الحدِّ.

وقالا: هو الذي يَهذِي ويختلِطُ كلامُه؛ لأنَّه السَّكرانُ في العُرفِ، وإليه مالَ أكثرُ المشايخِ، والمعتبرُ في القَدَحِ المسكِرِ في حقِّ الحرمَةِ ما قالاه بالإجماعِ أخذًا بالاحتياطِ، والشافعيُّ[2]: يَعتبِرُ ظهُورَ أثرِه في مشيِهِ وحركاتِه وأطرافِه، وهذا يتفاوتُ في السُّكارى فلا معنى لاعتبارِه.

---

(١) انظر: «الهداية» (٢/ ٣٥٥).

(٢) انظر: «بحر المذهب» (١٠/ ١١٠).

ولا يُحدُّ السَّكرانُ بإقرارِه على نفسِه؛ لزيادةِ احتمالِ الكذبِ في إقرارِه، بخلافِ حدِّ القذفِ؛ لأنَّ فيه حقَّ العبدِ، فجُعلَ السكرانُ فيه كالصَّاحِي، كما في سائر تصرُّفاتِه، ولو ارتدَّ السكرانُ لا تَبينُ امرأتُه؛ لأنَّ الكفرَ من بابِ الاعتقادِ فلا يتحقَّقُ مع السُّكرِ[1].

قلتُ: هذا من أهمِّ الواقعات في زماننا فلا بدَّ من حفظِه، واللهُ أعلمُ بالصَّواب.

***

(١) في (ش): «فلا يتحقق من السكران».

بَابُ حَدِّ الْقَذْفِ

إِذَا قَذَفَ الرَّجُلُ رَجُلًا مُحْصَنًا، أَو امْرَأَةً مُحْصَنَةً بِصَرِيحِ الزِّنَا، وَطَالَبَهُ الْمَقْذُوفُ بِالْحَدِّ: حَدَّهُ الْحَاكِمُ ثَمَانِينَ سَوْطًا؛ يُفَرَّقُ عَلَى أَعْضَائِهِ، وَلَا يُجَرَّدُ مِنْ ثِيَابِهِ غَيْرَ أَنَّهُ يُنْزَعُ عَنْهُ الْفَرْوُ وَالْحَشْوُ، وَإِنْ كَانَ عَبْدًا: جُلِدَ أَرْبَعِينَ.

قال: (**إِذَا قَذَفَ الرَّجُلُ رَجُلًا مُحْصَنًا، أَو امْرَأَةً مُحْصَنَةً بِصَرِيحِ الزِّنَا، وَطَالَبَهُ الْمَقْذُوفُ بِالْحَدِّ: حَدَّهُ الْحَاكِمُ ثَمَانِينَ سَوْطًا**) لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤]، والمرادُ بالرمي الرميُ بالزِّنا بالإجماعِ، وبدَلالةِ قولِه تعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾، وإنما يُشترَطُ الأربعةُ في الزِّنا، ويُشترَطُ مطالبةُ المقذوفِ؛ لأنَّه حقُّه لدَفعِ العارِ عنه.

قال: (**يُفَرَّقُ عَلَى أَعْضَائِهِ**) لما مرَّ في الزِّنا.

قال: (**وَلَا يُجَرَّدُ مِنْ ثِيَابِهِ**) لأنَّ سببَه غيرُ مقطوعٍ به، فيُخفَّفُ فيه بخلافِ حدِّ الزِّنا.

قال: (**غَيْرَ أَنَّهُ يُنْزَعُ عَنْهُ الْفَرْوُ وَالْحَشْوُ**) لأنَّ ذلكَ يمنعُ إيصَالَ الألمِ إليه[١].

قال: (**وَإِنْ كَانَ عَبْدًا: جُلِدَ أَرْبَعِينَ**) لمكانِ الرِّقِّ.

(ط): كلُّ مَن قذَفَ غيرَه بفعلٍ يوجبُ حدَّ الزِّنا على المقذوفِ لو ثبَتَ: وجبَ عليه حدُّ القذفِ إذا كانَ من أهلِ العقوبةِ، حتى لا تجِبَ على الصبيِّ والمجنون، وإن لم يكُنْ ذلك الفعلُ موجِبًا حدَّ[٢] الزنا: لا يجبُ الحدُّ على قاذفِه به.

---

(١) في (ف) و(ش): «به».

(٢) في (ج): «الحد».

فصلٌ
في إحصانِ القَذْفِ

وَالْإِحْصَانُ: أَنْ يَكُونَ الْمَقْذُوفُ حُرًّا، بَالِغًا، عَاقِلًا، مُسْلِمًا، عَفِيفًا عَنْ فِعْلِ الزِّنَا.

وَمَنْ نَفَى نَسَبَ غَيْرِهِ فَقَالَ: لَسْتَ لِأَبِيْكَ، أَوْ: يَا بْنَ الزَّانِيَةِ، وَأُمُّهُ مَيِّتَةٌ مُحْصَنَةٌ، وطالَبَ الابْنُ بِحَدِّهَا: حُدَّ الْقَاذِفُ، وَلَا يُطَالَبُ بِحَدِّ الْقَذْفِ لِلْمَيِّتِ إِلَّا مَنْ يَقَعُ الْقَدْحُ فِي نَسَبِهِ بِقَذْفِهِ، وَإِنْ كَانَ الْمَقْذُوفُ مُحْصَنًا: جَازَ لِابْنِهِ الْكَافِرِ وَالْعَبْدِ أَنْ يُطَالِبَ بِالْحَدِّ، وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ أَنْ يُطَالِبَ مَوْلَاهُ بِقَذْفِ أُمِّهِ الْحُرَّةِ.

ومَنْ أَقَرَّ بِالْقَذْفِ ثُمَّ رَجَعَ: لَمْ يُقْبَلْ رُجُوعُهُ.

قال: (وَالْإِحْصَانُ: أَنْ يَكُونَ الْمَقْذُوفُ حُرًّا، بَالِغًا، عَاقِلًا، مُسْلِمًا، عَفِيفًا عَنْ فِعْلِ الزِّنَا) وإنما شرَطَ هذه الخمسةَ: أمَّا الحريةُ: فلأنَّ الرقيقَ لا يُسمَّى محصَنًا، قال تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥]؛ أي: الحرائر، وأمَّا العقلُ والبلوغُ: فلأنَّ العارَ لا يلحَقُ الصبيَّ[١] والمجنونَ؛ لعدمِ تحقُّقِ فعلِ الزِّنا منهما جزمًا أو غالبًا، ولعدمِ وقوفِهما على نهايةِ قُبحِه، وأمَّا الإسلامُ فلقولِه عليه السَّلامُ: «مَن أشركَ باللهِ فليس بمحصَنٍ»[٢]، وأمَّا العِفَّةُ: فلأنَّ غيرَ العفيفِ لا يلحَقُه العارُ، والقاذفُ صادقٌ فيه.

قال: (وَمَنْ نَفَى نَسَبَ غَيْرِهِ فَقَالَ: لَسْتَ لِأَبِيْكَ، أَوْ: يَا بْنَ الزَّانِيَةِ، وَأُمُّهُ مَيِّتَةٌ مُحْصَنَةٌ،

---

(١) في (ج): «الصغير».

(٢) تقدم تخريجه.

وطَالَبَ الابْنُ بِحَدِّهَا[1]: حُدَّ الْقَاذِفُ) لأنَّه في الحقيقة قذفٌ لأمِّه؛ لأنَّ النسبَ إنما يُنفى عن الزاني لا عن غيرِه.

(هـ)[2]: ولو قال له: لستَ بابنِ فلانٍ لأبيه المعروفِ، إن قاله في غضبٍ: يُحدُّ، وإلَّا: فلا.

(ط): بخلاف ما إذا قال: لستَ لفلانٍ ولا فلانة؛ لأبيه وأمِّه: فإنه لا يُحدُّ.

قال: (وَلَا يُطَالَبُ بِحَدِّ الْقَذْفِ لِلْمَيِّتِ إِلَّا مَنْ يَقَعُ الْقَدْحُ فِي نَسَبِهِ بِقَذْفِهِ) وهو الوالدُ والولدُ؛ لأنَّ العارَ يلحَقُ به لمكانِ الجزئيةِ، فيكونُ القذفُ متناولًا له معنًى، وعند الشافعيِّ[3]: يثبُتُ حقُّ المطالَبة لكلِّ وارثٍ بناءً على أنَّ حدَّ القذفِ يورَثُ عنده، وعندنا: لا يورَثُ، وحقُّ المطالبةِ عندنا لما ذكرنا من المعنى، ولهذا يثبتُ عندَنا للمحرُومِ عن الميراثِ بالقتلِ، ويثبُتُ لولدِ البنتِ كما يثبُتُ لولدِ الابنِ خلافًا لمحمدٍ، ويثبُتُ لولدِ الولدِ حالَ قيامِ الولدِ خلافًا لزُفَرَ.

قال: (وَإِنْ كَانَ الْمَقْذُوفُ مُحْصَنًا: جَازَ لِابْنِهِ الْكَافِرِ وَالْعَبْدِ أَنْ يُطَالِبَ بِالْحَدِّ) خلافًا لزُفَرَ؛ لأنَّ القذفَ تناوَلَه معنًى، وقذفُه لا يوجِبُ الحدَّ، ولنا: أنَّه عَيَّره بقذفِ محصَنٍ، والإحصانُ في المقذوفِ شرطٌ لا في المستحِقِّ، والعبدُ والكافرُ من أهل الاستحقاقِ فيستحِقَّانِه.

(شط): قذفَ ميتًا محصَنًا، فللوالدين والمولودينَ علَوا أو سفَلُوا إنْ تخاصَموا، سواءٌ فيه الوارثُ وغيرُه؛ كالكافر والقاتلِ والرقيقِ والأقربِ والأبعدِ، وإن ترَكَ بعضُهم

(١) في (ج): «بقذفها».

(٢) انظر: «الهداية» (٢/ ٣٥٦).

(٣) انظر: «الشرح الكبير» (٩/ ٣٥٣).

فللباقينَ المخاصَمةُ، وعن محمدٍ: لا خصومةَ فيه لأولادِ البناتِ؛ لنسبَتِهِم إلى أبيهم، ولو كان المقذوفُ حيًّا غائبًا لم يكُنْ لأحدٍ منهم أنْ يُخاصِمَ.

قال: (**وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ أَنْ يُطَالِبَ**[1] **مَوْلَاهُ بِقَذْفِ أُمِّهِ الْحُرَّةِ**) لأنَّ المولى لا يعاقَبُ بسببِ عبدِه، ولا الوالدُ بسببِ ولدِه، ولهذا لا يُقادُ الوالدُ بولدِه، ولا السيدُ بعبدِه، ولو كان لها ابنٌ من غيرِه له أن يطالِبَه لزوالِ المانعِ.

قلتُ: ذكَرَ حُكمَ الوالدِ دونَ الوالدة، فكنتُ في طلَبِه حتى ظفِرْتُ به بحمدِ الله تعالى، ومنه في (ك) فقال: لا يُحدُّ الأصولُ بقذفِ الفروعِ؛ لأنَّه لا يُقتلُ بهم؛ فلأَنْ لا يُحدَّ بهم أَوْلى.

(**شق**): ولا يطالبُ إذا كان المقذوفُ[2] أبًا أو جدًّا وإنْ علَا، ولا أمَّه ولا جدَّتَه وإنْ علَتْ، وكذلك إذا قذفَه في نفسِه أحدٌ من هؤلاء.

ولو قذفَه ومات المقذوفُ: سقط الحدُّ عندنا، خلافًا للشافعيِّ[3]، وكذا لو مات بعدما أُقيمَ بعضُ الحدِّ: بطَلَ الباقي عندنا؛ لأنَّه لا يورَثُ خلافًا له، بناءً على أنَّ فيه حقَّ العبدِ؛ لأنَّه شُرعَ لدفعِ العارِ عنه، وحقَّ الشرعِ؛ لأنَّه شُرعَ حدًّا والحدودُ حقُّ الله تعالى، فالشافعيُّ غلَّبَ حقَّ العبدِ لحاجته، وأصحابُنا غلَّبُوا حقَّ الشرعِ لولايتِه على عبيدِه، فلهذَا لا يُورَثُ عندنا، ولا يَصِحُّ عفوُ المقذوفِ، ولا يجوزُ الاعتياضُ عنه، ويجرِي فيها التَّداخلُ خلافًا له في هذهِ الأحكامِ.

قال: (**وَمَنْ أَقَرَّ بِالْقَذْفِ ثُمَّ رَجَعَ: لَمْ يُقْبَلْ رُجُوعُهُ**) لأنَّ للمَقْذوفِ فيه حقًّا وهو يكذِّبُه في الرجوعِ، بخلافِ سائرِ الحدودِ؛ لأنَّه لا مكذِّبَ له.

---

(١) في (ش): «أن يخاصم».

(٢) في (ش) و(ف): «القاذف».

(٣) انظر: «المجموع» (١٧/ ٤٥٧).

فصلٌ
في ألفاظِ القَذْفِ

وَمَنْ قَالَ لِعَرَبِيٍّ: يَا نَبَطِيُّ: لَمْ يُحَدَّ، وَمَنْ قَالَ لِرَجُلٍ: يَا ابْنَ مَاءِ السَّمَاءِ: فَلَيْسَ بِقَاذِفٍ، نَسَبَهُ إِلَى عَمِّهِ، أَوْ إِلَى خَالِهِ، أَوْ زَوْجِ أُمِّهِ: فَلَيْسَ بِقَاذِفٍ، وَمَنْ وَطِئَ وَطْئًا حَرَامًا فِي غَيْرِ مِلْكِهِ: لَمْ يُحَدَّ قَاذِفُهُ.

وَالْمُلَاعَنَةُ بِوَلَدٍ: لَا يُحَدُّ قَاذِفُهَا.

قال: (**وَمَنْ قَالَ لِعَرَبِيٍّ: يَا نَبَطِيُّ: لَمْ يُحَدَّ**) لأنَّه يُرادُ به التشبيهُ في الأخلاقِ، وكذا إذا قال له: لستَ بعربيٍّ.

قال: (**وَمَنْ قَالَ لِرَجُلٍ: يَا ابْنَ مَاءِ السَّمَاءِ: فَلَيْسَ بِقَاذِفٍ**) لأنَّه يُرادُ به التَّشبيهُ في الجودِ والسَّماحةِ والصَّفاءِ؛ لاختصاصِ ماءِ السَّماءِ بها.

قال: (**نَسَبَهُ إِلَى عَمِّهِ، أَوْ إِلَى خَالِهِ، أَوْ زَوْجِ أُمِّهِ: فَلَيْسَ بِقَاذِفٍ**) لأنَّ كلَّ واحدٍ من هؤلاء يسمَّى أبًا، قال الله تعالى في العمِّ: ﴿وَإِلَٰهَ ءَابَآئِكَ إِبْرَٰهِـۧمَ وَإِسْمَٰعِيلَ وَإِسْحَٰقَ﴾ [البقرة: ١٣٣] وإسماعيلُ كان عمَّه، وقال في الخالة: ﴿وَرَفَعَ أَبَوَيْهِ عَلَى ٱلْعَرْشِ﴾ [يوسف: ١٠٠]، وكانت زوجةُ يعقوبَ خالتَه، وزوجُ الأمِّ أبٌ للتربيةِ وقيامِه مقامَ الأبِ.

قال: (**وَمَنْ وَطِئَ وَطْئًا حَرَامًا فِي غَيْرِ مِلْكِهِ: لَمْ يُحَدَّ قَاذِفُهُ**) لفوات العِفَّة، وهي من شرائطِ الإحصان، ولأنَّ القاذفَ صادقٌ فيه.

(هـ)[١]: والأصلُ في هذه المسائل أنَّ الوطءَ متى حرُمَ لعينِه كالوطءِ في غيرِ

---

(١) انظر: «الهداية» (٢/ ٣٥٩).

المِلك من كلِّ وجهٍ أو من وجهٍ؛ كالجاريةِ المشترَكةِ أو في المِلك، والحرمةُ مؤبَّدةٌ؛ لا يُحدُّ قاذفُه لوجودِ حدِّ الزِّنا، وهو الوطءُ المحرَّمُ لعينِه، وأبو حنيفةَ يشترِطُ في الحرمةِ المؤبَّدةِ أن تكونَ ثابتةً بالإجماعِ أو بالحديثِ المشهورِ، وإذا حرُمَ الوطءُ لغيرِه كالحرمةِ المؤقَّتةِ يُحدُّ؛ لأنَّه ليس بزنًا، بيانُه: قذَفَ رجلًا وطِئَ جاريتَه المشترَكةَ، أو امرأةً زنَتْ في نصرانيتِّها: لم يُحدَّ لعدم المِلك.

ولو قذَفَ رجلًا وطئَ أمَتَه المجوسيَّةَ أو امرأتَه الحائضَ أو النُّفَساءَ أو مُكاتبتَه يُحدُّ؛ لأنَّ الحرمةَ مؤقَّتةٌ، وعن أبي يوسُفَ: وطءُ المكاتَبةِ يُسقِطُ الإحصانَ، وهو قولُ زُفَرَ؛ لزوالِ مِلكِ الوطءِ لوجوبِ العُقرِ لها عليه، ولنا: أنَّ مِلكَ الذاتِ باقٍ والحرمةَ مؤقَّتةٌ، فكانت الحرمةُ لغيرِه، ولو قذَفَ رجلًا وطِئَ امرأتَه هي أختُه من الرَّضاعِ: لا يُحدُّ؛ لأنَّ الحرمةَ مؤبَّدةٌ، وهو الصَّحيحُ، ولو قذَفَ مكاتَبًا مات وترك وفاءً لا حدَّ عليه؛ لتمكُّنِ الشُّبهةِ في الحرِّية، ولو قذَفَ مجوسيًّا تزوَّجَ بأمِّه فوطِئَها، ثمَّ أسلمَ: يُحدُّ عندَ أبي حنيفةَ خلافًا لهما.

قال: (وَالْمُلَاعَنَةُ بِوَلَدٍ: لَا يُحَدُّ قَاذِفُهَا) وقال أبو يوسُفَ: يُحدُّ كالملاعَنةِ بغيرِ ولدٍ، ولهما: أنَّ نسبةَ ولدٍ إليها لا يُعرفُ له أبٌ أمارةُ الزِّنا، وكذا لو قذَفَ أمَّ اللَّقيطِ أو رجلًا تزوَّجَ امرأةً، ثم علِمَ أنَّه كان تزوَّجَ أمَّها ووطِئَها أو بنتَها، وكذا في الشراءِ، أو رجلًا وطِئَ امرأةً بنكاحٍ قد وطِئَها أبوهُ أو ابنُه، أو رجلًا تزوَّجَ أختَين، أو امرأةً وعمَّتَها أو خالتَها، أو أمَةً على حرةٍ، أو جمعَهما في العقدِ ووطِئَهما، أو وطئَ معتدَّتَه المبانةَ، أو منكُوحتَه نكاحًا فاسدًا، أو التي زُفَّت إليه على أنها امرأتُه، وكذَا لو قَذفَ واطئَ منكوحتِه أو أمَتِه التي حرُمَت عليه بالمسِّ أو النظرِ إلى فرْجِ أمِّها بشهوةٍ.

وقال أبو حنيفةَ: لا يحد[١]؛ لأنَّ كثيرًا من الفقهاءِ يأبَون ثبوتَ الحُرمةِ بذلك، ثمَّ لم يعتبرْ ذلك في النِّكاحِ بغيرِ شهودٍ وإن أجازَه مالكٌ[٢]، ولا في نكاحِ [من] زنى بأمِّها أو بنتِها وإن أجازَه الشافعيُّ[٣]؛ لأنَّ خلافَهما لم يكُنْ في عصرِه، ولو وطئ أمَتَه ثم استحقَّت حُدَّ قاذفُه عندَ أبي يوسُفَ للمِلكِ ظاهرًا.

وقال محمَّدٌ: لا يُحدُّ؛ لأنَّه حرامٌ، وعن أبي حنيفةَ روايتان.

وكذا لو تبيَّنَ أنَّ الموطوءةَ بالنِّكاحِ ممَّن لا تحِلُّ له، ولو قذفَ واطئَ أمَتِه بشراءٍ فاسدٍ، أو واطئَ أختين بمِلكٍ، أو المحرَّمة، أو التي ظاهَرَ منها، أو المعتَدَّة عن الغيرِ، أو أمَته المزوَّجةِ، أو مكاتَبته: يُحدُّ؛ لأنَّ المِلكَ قائمٌ والحُرمةَ مؤقَّتةٌ.

(ط): قال لامرأةٍ[٤]: زنَيتِ ببعيرٍ أو بثورٍ أو حمارٍ: لم يُحدَّ، ولو قال: بناقةٍ أو بقرةٍ أو بثورٍ: يُحدُّ.

ولو قالَ له: يا زاني، فقال: لا، بل أنت: يُحدَّان، ولو قال لرجلٍ: يا زانيةُ: لا يُحدُّ عندهما خلافًا لمحمدٍ والشافعيِّ[٥]، ولو قال لامرأةٍ: يا زاني: يُحَدُّ إجماعًا، ولو قال لامرأتِه: يا زانيةُ، فقالت: زنَيتُ معك: لا حدَّ عليهما، بخلاف قولِه: زنَيتُ بك، ولو قال: يا ابنَ الزانيةِ وهذا معَكَ: لم يُقذَفِ الثاني، بخلافِ قولِه: يا زاني وهذا معَكَ.

---

(١) قوله: «لا يحد» ليس في (ش) و(ف).

(٢) انظر: «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٥١٩).

(٣) انظر: «الأم» للشافعي (٥/ ٢٧).

(٤) في (ف): «لامرأته».

(٥) انظر: «روضة الطالبين» (٨/ ٣١٥).

فصلٌ
في التَّعزِيرِ

وَمَنْ قَذَفَ أَمَةً أَوْ عَبْدًا أَوْ أُمَّ وَلَدٍ، أَوْ كَافِرَةً بِالزِّنَا، أَوْ قَذَفَ مُسْلِمًا بِغَيْرِ الزِّنَا، فَقَالَ: يَا فَاسِقُ، أَوْ يَا خَبِيثُ: عُزِّرَ، وَكَذَا لَوْ قَالَ: يَا كَلْبُ، يَا خِنْزِيرُ، يَا حِمَارُ، يَا ذِئْبُ، يا بَقَرُ، يا تيسُ، يا قِرْدُ، يا حيَّةُ: لَمْ يُعَزَّرْ.

وَالتَّعْزِيرُ أَكْثَرُهُ تِسعَةٌ وَثَلَاثُونَ سَوْطًا، وَأَقَلُّهُ: ثَلَاثُ جَلَدَاتٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَبْلُغُ بِالتَّعْزِيرِ خَمْسَةً وَسَبْعِينَ سَوْطًا، وَإِنْ رَأَى الْإِمَامُ أَنْ يَضُمَّ إِلَى الضَّرْبِ فِي التَّعْزِيرِ الْحَبْسَ: فَعَلَ.

وَأَشَدُّ الضَّرْبِ: التَّعْزِيرُ، ثُمَّ حَدُّ الزِّنَا، ثُمَّ حَدُّ الشُّرْبِ، ثُمَّ حَدُّ الْقَذْفِ.

قال: (**وَمَنْ قَذَفَ أَمَةً أَوْ عَبْدًا أَوْ كَافِرَةً بِالزِّنَا، أَوْ قَذَفَ مُسْلِمًا بِغَيْرِ الزِّنَا، فَقَالَ: يَا فَاسِقُ، أَوْ يَا خَبِيثُ: عُزِّرَ**) لأنَّه ألحقَ الشَّينَ به وآذاه، وقد امتنعَ الحدُّ: فيُعزَّرُ إعلامًا لجنايةِ الإيذاء، إلا أنَّه يبلغُ بالتعزيرِ غايتَه في الجناية الأولى؛ لأنَّه من جنسِ ما يجِبُ به الحدُّ، وفي الثانيةِ الرأيُ إلى الإمامِ.

شط: قال لصَالحٍ: يا سارقُ، يا شاربَ الخمرِ، يا آكلَ الرِّبا، يا خبيثُ، يا مخنَّثُ، يا ديُّوثُ، يا مُشرِكُ، يا زِنديقُ، يا فاجِرُ، يا سفيهُ: عُزِّر.

ولو قال: يا ضُحْكةُ، يا مَسْخَرةُ، يا منكوسُ، يا مرائي، يا أبلهُ، يا ناكسُ، يا لا شيءَ، يا منتوفُ: لا شيءَ عليهِ؛ لأنَّه ما قذفَه بمعصيةٍ ولا ألحقَ الشَّينَ به.

قال: (**وَكَذَا لَوْ قَالَ: يَا كَلْبُ، يَا خِنْزِيرُ، يَا حِمَارُ، يَا ذِئْبُ، يا بَقَرُ، يا تيسُ، يا قِرْدُ، يا حيَّةُ**[1]: **لَمْ يُعَزَّرْ**) لأنَّه ظاهرُ الكذبِ: فلا يلحَقُه به عارٌ.

---

(١) في (ش): «يا دب».

(فخ): هذا في الأخسَّةِ، وفي الأشراف: يجِبُ التعزيرُ؛ لأنَّه إيذاءٌ، وعن أبي يوسُفَ في قولِه: يا حمارُ، يا خنزيرُ: عُزِّرَ، ولو قال لصَالحٍ: يا لُوطيُّ: لم يُعزَّرْ؛ لأنَّه نسَبَه إلى النبيِّ عليه السلام، وعن أبي حنيفةَ: أنَّه يُعزَّرُ فيه وفي قوله: أنت تلعبُ بالصِّبيان.

(هـ)[1]: وقيل في قولِه: يا حمارُ، يا كلبُ، يا خنزيرُ: يعزَّرُ في عُرفِنا؛ لأنَّه يُعدُّ شيئاً، وقيل: في الأشرافِ كالعلَويَّةِ والفقهاءِ يعزَّرُ دونَ العامَّة وهذا حسَنٌ.

(ط): لو قال: يا ابنَ القَحْبَةِ، يا ابنَ الفاجِرةِ: عُزِّرَ، ولا يكونُ قاذفًا أمَّه، ولو قال لنصرانيٍّ: يا ابنَ الزاني، يا ابنَ الفاسقِ: يُعزَّرُ، وقال أبو يوسُفَ: يُحَدُّ، ولو قال: يا ابنَ الحجَّام، يا ابنَ الأسودِ، يا حجَّامُ، يا رُستاقيُّ وليس كذلك: لم يُعزَّر، ولو قال لفاسقٍ أو لصٍّ: يا فاسقُ، يا لصُّ: لا شيءَ عليه.

قال: **(وَالتَّعْزِيرُ أَكْثَرُهُ تِسْعَةٌ وَثَلَاثُونَ سَوْطًا، وَأَقَلُّهُ: ثَلَاثُ جَلدَاتٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَبْلُغُ بِالتَّعْزِيرِ خَمْسَةً وَسَبْعِينَ سَوْطًا)** والأصلُ فيه قوله عليه السَّلامُ: «مَن بلَغَ حدًّا في غيرِ حدٍّ فهو من المعتدين»[2] وإذا تعذَّرَ تبليغُه حدًّا فهُما نظرا إلى أدنى الحدِّ، وهو حدُّ العبيدِ في القَذْفِ، فنقَصا منه سَوطًا، وأبو يوسُفَ: نظَرَ إلى أدنى الحدِّ في الأحرارِ، وهو ثمانون، فنقَصَ منه خمسةً كما فعله عليُّ بنُ أبي طالبٍ[3]، ورُويَ: أنَّه نقصَ منه سَوطًا[4]، وهو قولُ زُفَرَ، وهو القياسُ، وهو الأصحُّ، وقول محمدٍ مضطرِبٌ؛

---

(١) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٢/ ٣٦٠).

(٢) رواه الطبراني في «الكبير» (٢١/ ١٥٣) (١٩٧)، وأبو نعيم في «الحلية» (٧/ ٢٦٦)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٧٥٨٤) من حديث النعمان بن بشير رضي الله عنهما.

قال البيهقي: المحفوظ مرسل، ثم رواه بإسناده (١٧٥٨٥) عن الضحاك مرسلاً.

(٣) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٣٥٤): غريب، وذكره البغوي في «شرح السنة» (١٠/ ٣٤٤) عن ابن أبي ليلى.

(٤) انظر: «شرح مشكل الآثار» للطحاوي (٦/ ٢٣٣).

في بعضِ الرواياتِ مع أبي حنيفَةَ، وفي بعضِها معَ أبي يوسُفَ قدَّر أدناهِ بثلاثِ جلداتٍ؛ لأنَّ الزجرَ لا يحصُلُ بما دونَها غالبًا.

(هـ)[١]: ذكَـرَ مشـايخُنا أنَّ أدنـاهُ على ما يرى الإمـامُ حصُولُ[٢] الانزجـارِ به؛ لأنَّه يختلـفُ باختـلافِ النـاسِ، وعن أبي يوسُـفَ: على قدْرِ عِظَـمِ الجُرمِ وصِغَـرِه، وعنه: يقـرُبُ كل نـوعٍ مـن بابِـه، فيقـرُبُ اللَّمس والقُبلـةُ من حـدِّ الزِّنـا، والقَذْف بغيـرِ الزِّنا من حـدِّ القَذْفِ.

قلتُ: وبهذا عُلمَ أنَّ مَن قبَّلَ أجنبيةً أو لمسَها بشهوةٍ يُعزَّرُ أقصَى غايات التَّعزيرِ.

قال: (**وَإِنْ رَأَى الْإِمَامُ أَنْ يَضُمَّ إِلَى الضَّرْبِ فِي التَّعْزِيرِ الْحَبْسَ: فَعَلَ**) لأنَّه يصلُحُ تعزيرًا، وقد وردَ به الشرعُ في الجملةِ، حتى لو اكتفَى به تعزيرًا: جازَ، فجازَ أن يُضمَّ إليه، ولهذا لم يشرَعْ في التَّعزيرِ بالتُّهمَةِ.

وقد يكونُ التَّعزيرُ بالحبسِ، وقد يكونُ بالصَّفعِ وتعرِيكِ الأذُنِ، وقد يكونُ بالكلامِ العنيفِ، وقد يكونُ بالضربِ، ولم يذكَرْ في شيءٍ من الكُتبِ التعزيرُ بأخذِ المالِ.

ورويَ عن أبي يوسُفَ: أنَّ الزجرَ والتَّعزيرَ من السلطانِ بأخذِ المالِ: جائزٌ.

(**شط**): أحوالُ الناسِ في التعزيرِ مختلفةٌ؛ فمنهم مَن ينزجِرُ بالنَّصِيحةِ، ومنهم باللَّطمةِ، ومنهم بالضربِ، وذكر أبو اليُسرِ والسرَخسيُّ: أنَّه لا يُباحُ التعزيرُ بالصَّفعِ؛ لأنَّه من أعلى ما يكونُ من الاستحقاقِ، فيُصانُ عنه أهلُ القِبلةِ، وقيل: التعزيرُ على مراتبَ: فتعزيرُ العلماءِ والعلويةِ بالإعلامِ، بأن يقولَ له القاضِي: بلغَني أنك تفعلُ كذا،

---

(١) انظر: «الهداية» (٢/ ٣٦١).

(٢) في (ش): «بحصول».

فينزجِر به، وتعزيرُ الأمَراءِ والقوَّادِ والدَّهَاقِين[١] بالإعلامِ والجرِّ إلى باب القاضِي والخصُومةِ في ذلك، وتعزيرُ السُّوقةِ وما أشبهَهم بالإعلام والجرِّ والحبسِ، وتعزيرُ الأخِسَّةِ بهذا كلِّه وبالضربِ، وفي «أدب القاضي» للسرَخسيِّ: الصِّغرُ لا يمنعُ وجوبَ التعزيرِ، ولو كانَ حقَّ الله لمنع[٢].

وعن التَّرجُمانيِّ[٣]: البلوغُ يعتبرُ في التعزيرِ.

(مت): أرادَ به ما وجبَ حقًّا لله تعالى، نحوَ: ما إذا شربَ الصبيُّ أو زنى أو سرَقَ، وما ذكر السَّرَخسيُّ فيما يجبُ حقًّا للعبادِ توفيقًا بينهما.

(شط): ولا يُفرِّقُ الضَّرباتِ لقلَّتِها فلا يحصُلُ به الزجرُ، ويضرِبُ الظهرَ والإلْيَةَ، وفي نهايةِ التعزيرِ يُفرِّقُ.

قال: (وَأَشَدُّ الضَّرْبِ: التَّعْزِيرُ) لأنَّه خُفِّفَ فيه عددًا، فيُغلَّظُ وصفًا كي لا يفوتَ غرضُ الزجرِ.

(هـ)[٤]: ولهذا لا يفرَّقُ على أعضَائه.

قال: (ثُمَّ حَدُّ الزِّنَا) لأنَّه ثابتٌ بالكتابِ.

قال: (ثُمَّ حَدُّ الشُّرْبِ) لأنَّه ثبَتَ بقولِ الصَّحابةِ رضي الله عنهم.

قال: (ثُمَّ حَدُّ الْقَذْفِ) لأنَّ سببَه محتمِلٌ لاحتمالِ كونِه صادقًا، ولأنَّه غُلِّظَ بردِّ الشهادةِ، فيُخفَّفُ في الضربِ.

---

(١) الدهقان: بكسر الدال وضمها، رئيس القرية ومُقدَّم التُّنَّاء وأصحاب الزراعة، وهو مُعرَّب ونونه أصلية. انظر: «النهاية في غريب الحديث والأثر» (٢/ ١٤٥).

(٢) في (ص) و(ش): «يمنع».

(٣) في (ش): «التركماني».

(٤) انظر: «الهداية» (٢/ ٣٦١).

وَمَنْ حَدَّهُ الْإِمَامُ أَوْ عَزَّرَهُ، فَمَاتَ: فَدَمُهُ هَدَرٌ، وَإِذَا حُدَّ الْمُسْلِمُ فِي الْقَذْفِ: سَقَطَتْ شَهَادَتُهُ وَإِنْ تَابَ.

وَإِذَا حُدَّ الْكَافِرُ فِي قَذْفٍ: لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ على أَهْلِ الذِّمَّةِ تتمَّةَ لَحْدِهِ، فَإِنْ أَسْلَمَ: قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ.

قال: (**وَمَنْ حَدَّهُ الْإِمَامُ أَوْ عَزَّرَهُ، فَمَاتَ: فَدَمُهُ هَدَرٌ**) لأنَّه فعَلَ ما فعَلَ بأمر الشرعِ، وفعلُ المأمورِ غيرُ مقيَّدٍ بشرطِ السَّلامةِ كالفصَّادِ[1] والبزَّاغِ[2]، بخلافِ الزوجِ إذا عزَّرَ زوجتَه؛ لأنَّه مطلَقٌ فيه، والإطلاقاتُ مقيَّدةٌ بشرطِ السلامةِ كالمرورِ في الطريقِ، وهذا الحرفُ حُجَّةٌ على الشافعيِّ[3] حيثُ قال: تجِبُ[4] ديتُه في بيتِ المالِ.

(شط): وأمَّا إقامةُ التعزيرِ فقيل: لصَاحبِ الحقِّ كالقِصاصِ، وقيل: للإمامِ؛ لأنَّ صاحبَ الحقِّ قد يسرِفُ فيه غَيظًا، بخلافِ القِصاصِ؛ لأنَّه مقدَّرٌ بخلافِ التعزيرِ الواجبِ حقًّا لله تعالى، حيث يَلي إقامتَه كلُّ أحدٍ يُحكِمُ النيابةَ عن الله تعالى.

في «الشافي» و«مشكل الآثار»: إقامةُ التعزيرِ والعفوِ إلى الإمامِ عندَ أبي حنيفةَ وصاحبَيه والشافعيِّ[5]، قال الطحاويُّ: وعندِي العفوُ للمجنيِّ عليه[6].

(شب): التعزيرُ إلى الإمامِ، وفي «جامع قاضي فخر»: الأصلُ في كلِّ شخصٍ إذا

---

(١) الفَصْدُ: شقُّ العِرْقِ، وفَصَدَ الناقة: شق عرقها ليستخرج دمه فيشربه. انظر: «لسان العرب» (٣/ ٣٣٦).

(٢) البَزَّاغُ للدَّوابِّ هو الذي يُسَيِّلُ دماءها. انظر: «طلبة الطلبة» (ص: ١٦٧).

(٣) انظر: «الحاوي الكبير» (٧/ ٤٣٥). قال: إما في بيت المال، أو على عاقلة الإمام.

(٤) في (ج): «الشافعي حيث أوجب في الأولى».

(٥) انظر: «الهداية إلى أوهام الكفاية» (٢٠/ ٥٧٠).

(٦) انظر: «شرح مشكل الآثار» (٦/ ١٥٣) و(١٢/ ٤٢٧).

رأى مسلمًا يزنِي أن يحِلَّ له قتلُه، وإنما يُمنعُ خوفًا مِن أنْ يقتُلَه ولا يصدَّقَ في أنَّه زنى.

(جس): عن أبي يوسُفَ: وجَدَ رجلًا مع امرأته، أو معَ محرَمٍ له، أو معَ جاريتِه: حلَّ له القتلُ، وفي «الفردوس»: مَن وقعَ على ذاتِ رحِمٍ محرَمٍ منه: فاقتُلْه.

(جس): عن محمدٍ: وكذا لو رأى محصَنًا يزني وإن طاوعَتْه: حلَّ له قتلُهما، وفي «روضة العلماء»: رأى محصَنًا يزني، فصاحَ به، فلم ينتَهِ: حلَّ له قتلُه، وعلى هذا القياس: المكابَرةُ بالظُّلمِ، وقُطَّاعُ الطريقِ، وصاحبُ المكسِ، وجميعُ الظلَمةِ بأدنى شيءٍ له قيمةٌ، وجميعُ الكبائرِ.

وفي «جمعِ النسَفيِّ»: سُئلَ شيخُ الإسلامِ عن قتل الأعوِنةِ والظَّلَمةِ والسُّعاةِ في أيام الفترةِ، قال: يُباحُ ذلك؛ لأنَّهم ساعون في الأرض بالفسادِ، فقيل له: إنهم يمتنعون عن السعيِ بالفسادِ في أيام الفترةِ ويختَفون، فقال: ذاك امتناعُ ضرورةٍ، ولو رُدُّوا لعادوا كما نشاهدُ، قال: وسألنا الشيخَ أبا شجاعٍ عنه فقال: يباحُ قتلُهم ويُثابُ قاتلُهم، وفي «شرح السنَّة»: مَن نكَحَ مِن محارِمَه وأصابها، قال أحمدُ وإسحاقُ: يُقتَلُ ويؤخَذُ مالُه.

(شط): عن أبي يوسُفَ: التعزيرُ من السلطانِ بأخذِ المال: جائزٌ.

ولم يذكُرْ كيفيَّةَ الأخذِ، وأرى أن يأخُذَها فيُمسِكَها، فإن أيِسَ عن توبتِهم يصرِفُها إلى ما يرى.

(شط) و«مشكل الآثار»: التعزيرُ بالمالِ كانَ في ابتداءِ الإسلامِ ثم نُسِخَ، وفي «شرح أبي اليُسر»: التعزيرُ بالشَّتمِ مشروعٌ، ولكن بعدَ أن لا يكونَ قذفاً[١].

---

(١) جاء في «البحر الرائق شرح كنز الدقائق» (٥/ ٤٤): والحاصل أن المذهب عدم التعزير بأخذ المال، وأما التعزير بالشتم فلم أره إلا في «المجتبى» قال: وفي «شرح أبي اليسر»: التعزير بالشتم مشروع ولكن بعد أن لا يكون قاذفاً.

قال: (وَإِذَا حُدَّ الْمُسْلِمُ فِي الْقَذْفِ: سَقَطَتْ شَهَادَتُهُ وَإِنْ تَابَ) وقال الشافعيُّ[1]: تُقبلُ بعد التوبة؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟﴾ [النور: ٥]، ولنا قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَـٰدَةً أَبَدًا﴾ [النور: ٤]، والاستثناءُ عن الفسقِ لا عن الردِّ بدَلالةِ ذكرِ التأبيدِ.

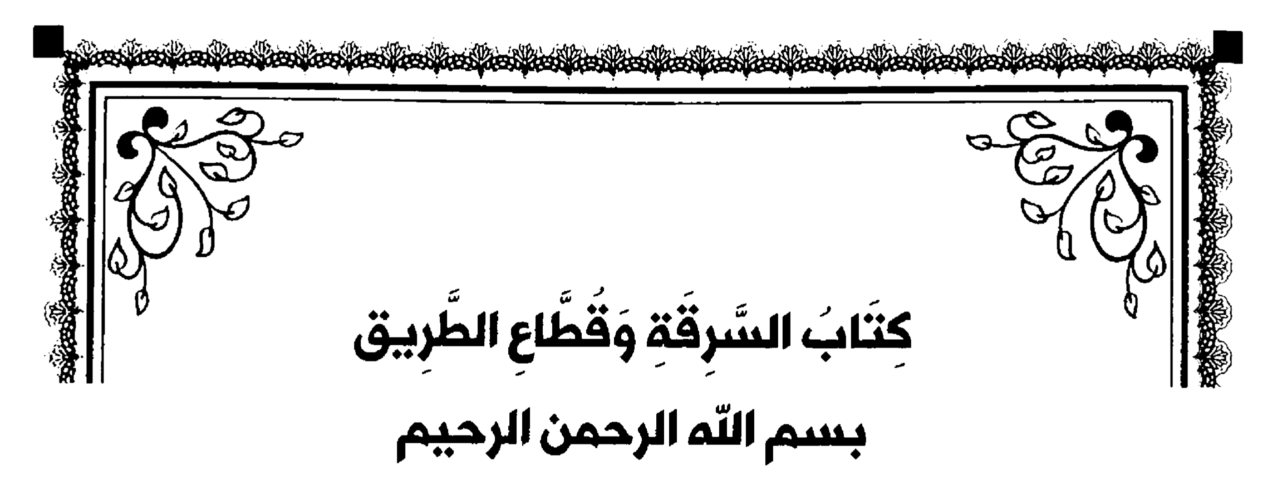
قال: (وَإِذَا حُدَّ الْكَافِرُ فِي قَذْفٍ: لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ على أهلِ الذِّمَّةِ تتمَّةَ لَحْدِهِ، فَإِنْ أَسْلَمَ: قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ) على المسلمين؛ لعدمِ ردِّها لحدُوثِها بالإسلامِ، بخلافِ العبدِ إذا حُدَّ حَدَّ القذفِ ثم أُعتِقَ، حيثُ لا تُقبلُ شهادتُه؛ لأنَّه لم تكُنْ شهادةً، وكان ردُّ شهادتِه بعدَ العتقِ من تمامِ حدِّه، وإن ضُربَ سَوطًا في قذفٍ ثم أسلمَ ثم ضُربَ ما بقيَ: جازت شهادتُه؛ لأنَّ ردَّها جُعلَ وصفًا للحدِّ التامِّ فلا يثبُتُ بما دونَه، وعن أبي يوسُفَ: تُردُّ شهادتُه، والأقلُّ تابعٌ للأكثرِ، والأولُ أصحُّ.

ومَن قذفَ أو زنى أو شربَ غيرَ مرةٍ فحُدَّ: فهو لذلك كلِّه؛ لأنَّ احتمالَ حصولِ الزجرِ به يقَعُ شبهَةً في الباقِي، بخلافِ ما إذا زنى وشرِبَ وقذَفَ وسرقَ؛ لأنَّ المقصودَ من كلِّ جنسٍ غيرُ المقصودِ من الآخَر: فلا يتداخَلُ.

(شط): ولو اجتمعتِ الحدودُ: يُبدأُ بحدِّ القذفِ، ثم يخيَّرُ الإمام في البدايةِ بين حدِّ السرقةِ وحدِّ الزِّنى، ثم حدِّ الشُّربِ؛ لأنَّه أضعفُ، وإن كان معها قتلٌ حُدَّ للقذفِ وضمِنَ السرقةَ، ثم يقتَلُ ويُدرأُ عنه الباقي؛ لأنَّ ما وجبَ حقًّا لله تعالى سقطَ بالقتلِ دونَ حقِّ العبدِ، ولو وجبَ قطعُ يدِه قِصاصًا وحدًّا: يُقطَعُ قصاصًا، فإن عفا عنه: يُقطَعُ حدًّا، ولو قُطعَتْ رجلُه اليمنى قصاصًا: سقطَ قطعُ اليد، ولو قُطعَت اليسرى قصاصًا يُترَكُ حتى يبرأَ ثم يُقطَعُ للسرقة؛ لأنَّ الجمعَ قد يتلِفُ، والله أعلمُ بالصَّواب.

***

(١) انظر: «بحر المذهب» (١٤/ ١٢٦).



كِتَابُ السَّرِقَةِ وَقُطَّاعِ الطَّرِيقِ

بسم الله الرحمن الرحيم

السرقةُ في اللغة[1]: أخذُ المالِ على وجهِ الاستخفاء، ومنه: استِرَاقُ السَّمع، قال الله تعالى: ﴿إِلَّا مَنِ ٱسْتَرَقَ ٱلسَّمْعَ﴾ [الحجر: ١٨]. وزِيدَ في الشريعةِ فيها أوصافٌ على ما يأتيك بيانُها في أثناءِ المسائلِ إن شاءَ الله تعالى.

والمعنى اللغويُّ مراعًى فيها ابتداءً وانتهاءً، أو ابتداءً لا غير، كمَنْ نقَبَ الجدارَ[2] على وجهِ الاستسرار، وأخذَ المالَ من المالكِ مكابَرةً على الجِهَارِ، وفي السَّرقةِ الكبرى ـ وهو قطعُ الطريقِ ـ: مسارَقةُ عينِ الإمامِ؛ لأنَّه المتصدِّي لحفظِ الطُّرقِ بأعوانِه، وفي الصُّغرى: مسارَقةُ عينِ المالكِ أو مَن يقومُ مَقامَه.

إِذَا سَرَقَ الْبَالِغُ الْعَاقِلُ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ، أَوْ مَا يبلُغُ قِيمَتُهُ قِيمَتُهُ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ مَضْرُوبَةً أَوْ غَيْرَ مَضْرُوبَةٍ مِنْ حِرْزٍ لَا شُبْهَةَ فِيهِ: وَجَبَ الْقَطْعُ، وَالْحُرُّ وَالْعَبْدُ فِي الْقَطْعِ سَوَاءٌ، وَيَجِبُ الْقَطْعُ بِإِقْرَارِهِ مَرَّةً وَاحِدَةً، أَوْ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ.

وَإِذَا اشْتَرَكَ جَمَاعَةٌ فِي سَرِقَةٍ، فَأَصَابَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ: قُطِعُوا، وَإِنْ أَصَابَهُ أَقَلُّ مِنْ ذَلِكَ: لَمْ يُقْطَعْ.

قال: (**إِذَا سَرَقَ الْبَالِغُ الْعَاقِلُ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ، أَوْ مَا يبلُغُ قِيمَتُهُ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ مَضْرُوبَةً**

---

(١) انظر: «طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية» لأبي حفص النسفي (١/ ٧٦).

(٢) في (ش): «كمن نقب المال».

أَوْ غَيْرَ مَضْرُوبَةٍ مِنْ حِرْزٍ لَا شُبْهَةَ فِيهِ: وَجَبَ الْقَطْعُ) لقوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]، وإنما اعتبرَ العقلَ والبلوغَ لأنَّ الجنايةَ لا تتحقَّقُ بدونِهما، ولا بدَّ من التقديرِ بالمالِ الخطيرِ؛ لأنَّ الرغَباتِ تفترُ في الحقيرِ وأخذِه لا يخفَى، فلا يتحقَّقُ ركنُه، وحكمةُ الزجرِ، وتقديرُه بعشَرةِ دراهمَ عندنا، وعند الشافعيِّ[1]: بِرُبعِ دينارٍ، وعند مالكٍ[2]: بثلاثةِ دراهمَ.

لهما: «أنَّ القطعَ في عهدِ رسولِ الله ﷺ ما كانَ إلَّا في ثمنِ المِجَنِّ»[3]، وأقلُّ ما نُقلَ في تقديرِه ثلاثةُ دراهمَ، غير أنَّ الشافعيَّ يقولُ: كانت قيمةُ الدينارِ في عهدِه عليه السَّلامُ اثنا عشَرَ درهَمًا، والثلاثةُ اتفقَتْ ربعًا له، ولنا: أنَّ الأخذَ بالأكثرِ أَولى احتياطًا لدَرءِ الحدِّ، وقد تأيَّدَ بقوله عليه السَّلامُ: «لا قطعَ إلا في دينارٍ أو عشَرةِ دراهمَ»[4].

(هـ)[5]: وشرطَ الضربَ في (الكتابِ) وهو ظاهرُ المذهبِ، وهو الأصحُّ؛ لأنَّ الدراهمَ المطلَقةَ تقعُ على المضروبةِ، حتى لو سرقَ عشَرةً تِبْرًا قيمتُها أنقصُ من عشَرةٍ مضرُوبةٍ: لم يُقطَعْ.

---

(١) انظر: «روضة الطالبين» (١٠/ ١١٠).

(٢) انظر: «شرح مختصر خليل للخرشي» (٨/ ٩٤).

(٣) رواه البخاري (٦٧٩٢)، والنسائي (٤٩٣١) من حديث عائشة رضي الله عنها.

رواه ابن ماجه (٢٥٨٦)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٨٠٨٨)، وأحمد في «مسنده» (١٤٥٥) من حديث عامر بن سعد عن أبيه رضي الله عنهما.

(٤) رواه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤٩٥٤)، والطبراني في «المعجم الكبير» (٢٥/ ٨٨) (٢٢٨)، وأبو نعيم في «معرفة الصحابة» (٧٨٧٥) عن أم أيمن رضي الله عنها، قالت: قال رسول الله ﷺ: «لا يقطع يد السارق إلا في جحفة». وقومت يومئذٍ ـ على عهد رسول الله ﷺ ـ ديناراً، أو عشرة دراهم.

(٥) انظر: «الهداية» (٢/ ٣٦٢).

(شق): لا يُشترَطُ الضَّربُ عندَ أبي حنيفةَ خلافًا لهما، والمعتبَرُ وزنُ سبعةٍ؛ لأنَّه المتعارَفُ في عامَّة البلادِ.

وقولُه: (أو ما يبلُغُ قيمتُه عشَرةُ دراهمَ) إشارةٌ إلى أنَّ غيرَ الدراهِم يعتبَرُ قيمتُه بها وإنْ كان ذهبًا.

(ط): عن أبي يوسُفَ عن أبي حنيفةَ: يُقوَّمُ بعشَرةِ دراهمَ نقدُ البلدِ الذي يروجُ غالبًا، وروى الحسَنُ عنه: أنَّه يقوَّمُ بأعزِّ النقودِ، ولا يقطَعُ بتقويمِ الواحدِ.

ولو سرَقَ عشرةً زُيوفًا أو نَبَهْرَجةً[1]: لا يُقطَعُ عندهما، وعن أبي يوسُفَ: إذا كانت تروجُ بين الناس: يُقطَعُ، وتعتبَرُ قيمتُه عشَرةً: وقتَ الإخراجِ عن الحِرزِ، ووقتَ القطعِ، ومكانه، في ظاهِرِ الروايةِ.

(جت)[2]: أخرجَ ما دونَ النِّصابِ من البيتِ، ثمَّ دخلَ وأخرجَ الباقيَ: فلا قَطْعَ.

قلتُ: شرَطَ لوجوبِ القطعِ في (ك) و(ط) ثمان شرائطَ: العقلَ، والبلوغَ، ونصابَ المسروقِ، وكونَه مُتقوَّمًا في نفسِه غيرَ مباحٍ في الأصلِ، ولا يكون تافِهًا، ولا مما يتسارَعُ إليه الفسادُ، وأن لا يكونَ للسَّارقِ فيه مِلكٌ ولا شُبهةُ مِلكٍ، وأنْ يؤخَذَ من الحِرزِ، وأن لا يكونَ السارقُ مأذونًا بالدخولِ في المكانِ الذي سرَقَ منه، وأن يكون للمَسْروقِ منه يدٌ صَحِيحةٌ على المالِ ـ حتى إنَّ السارقَ من السارقِ لا يُقطَعُ ـ وأن لا يكونَ بين السارقِ والمسروقِ منه زوجيةٌ ولا رحِمٌ كاملٌ.

وهي في الحاصلِ أحدَ عشَرَ شرطًا، وفوائدُ هذه الشروطِ تظهرُ في أثناء المسائل إن شاءَ الله تعالى، وقد جمعَها في (شط) بأخصرِ لفظٍ فقال: القطعُ إنما يجبُ بسرقةِ

---

(١) البَهرَجُ الدّرهمُ المبطلُ السِّكَّةِ، وكلُّ مردودٍ عند العرب بهرَجٌ ونَبَهْرَجٌ والبهرَجُ: الباطلُ والرَّديءُ من الشَّيء. انظر: «لسان العرب» (٢/ ٢١٧).

(٢) في (ش): «ك».

نصابٍ مُحرَزٍ للتموُّلِ[١]، ولا يتسارَعُ إليه الفسادُ من حِرزٍ بلا تأويلٍ ولا شُبهةٍ، وظهرَ ذلك عندَ الإمامِ وهو من أهلِ العقوبةِ: يُقطَعُ يمينُه من الزَّندِ بشرطِ أن تكونَ اليدُ اليسرى صَحِيحةً والرجلُ اليمنى.

قال: (**وَالْحُرُّ وَالْعَبْدُ فِي الْقَطْعِ سَوَاءٌ**) لإطلاقِ النصِّ ولتعذُّرِ التَّنصيفِ.

قال: (**وَيَجِبُ الْقَطْعُ بِإِقْرَارِهِ مَرَّةً وَاحِدَةً**) وقال أبو يوسُفَ: لا يُقطَعُ إلا بالإقرارِ مرتَين، وعنه: في مجلسَين مختلفَين اعتبارًا بالبيِّنة كما في الزنى، ولهما: أنَّ السرقةَ ظهرَتْ بالإقرارِ مرةً، فيُكتفَى به كما في القِصاصِ وحدِّ القذفِ، بخلافِ البينةِ؛ لأنَّ الزيادةَ فيها تقليلُ[٢] تهمَةِ الكذبِ دونَ الإقرارِ، وإنما اشتُرِطَ التكرارُ في الزنى نصًّا على خلافِ القياسِ: فلا يتعدَّى إلى غيرِه.

قال: (**أَوْ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ**) لتحقُّقِ الظهورِ بها كما في سائرِ الحقوقِ، وينبغِي للإمامِ أن يسألَهما عن كيفيةِ السَّرقةِ، وماهيَّتِها، وزمانِها، ومكانِها كما مرَّ في الحدودِ، ويحبِسُه إلى أن يسألَ عن الشهودِ للتُّهمةِ.

قال: (**وَإِذَا اشْتَرَكَ جَمَاعَةٌ فِي سَرِقَةٍ، فَأَصَابَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ: قُطِعُوا**[٣]**، وَإِنْ أَصَابَهُ أَقَلُّ مِنْ ذَلِكَ: لَمْ يُقْطَعْ**) لأنَّ الموجِبَ سرقةُ النِّصابِ، ويجبُ على كلِّ واحدٍ[٤] منهم بجنايتِه، فيُعتبَرُ كمالُ النصابِ في حقِّه.

(**ط**): لو سرَقَ من عشَرةٍ، من كلِّ واحدٍ منهم درهمًا، من بيتٍ واحدٍ: يُقطَعُ لكمَالِ النِّصابِ في حقِّ السَّارقِ.

---

(١) في (ش): «للمتمول».

(٢) في (ش) و(ج): «تقلل».

(٣) في (ج): «قطع».

(٤) في (ج): «أحد».

وَلَا يُقْطَعُ فِيمَا يُوجَدُ تَافِهًا مُبَاحًا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ؛ كَالْخَشَبِ، وَالْحَشِيشِ، وَالْقَصَبِ، وَالسَّمَكِ، وَالصَّيْدِ، وَالطَّيْرِ، وَلَا فِيمَا يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ؛ كَالْفَوَاكِهِ الرَّطْبَةِ، وَاللَّبَنِ، وَاللَّحْمِ، وَالْبِطِّيخِ، وَالْفَاكِهَةِ عَلَى الشَّجَرِ، وَالزَّرْعِ الَّذِي لَمْ يُحْصَدْ، وَلَا قَطْعَ فِي الْأَشْرِبَةِ الْمُطْرِبَةِ، وَلَا فِي الطُّنْبُورِ، وَلَا فِي سَرِقَةِ الْمُصْحَفِ وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ حِلْيَةٌ، وَلَا الصَّلِيبِ مِنَ الذَّهَبِ، وَالشِّطْرَنْجِ، وَلَا النَّرْدِ.

وَلَا قَطْعَ عَلَى سَارِقِ الصَّبِيِّ الْحُرِّ وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ حُلِيٌّ، وَلَا فِي سَرِقَةِ الْعَبْدِ الْكَبِيرِ، وَيُقْطَعُ فِي سَرِقَةِ الْعَبْدِ الصَّغِيرِ.

قال: (وَلَا يُقْطَعُ فِيمَا يُوجَدُ تَافِهًا مُبَاحًا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ؛ كَالْخَشَبِ، وَالْحَشِيشِ، وَالْقَصَبِ، وَالسَّمَكِ، وَالصَّيْدِ) (هـ)[1]: والطَّيرِ، والزِّرنيخِ[2]، والمغْرَةِ[3]، والنُّوْرةِ[4].

(شط): والفحمِ، والأُشنانِ، والبُورَقِ[5]، والزُّجاجِ، والملحِ، والخزَفِ، وأصلُه: أنَّ كلَّ ما يوجَدُ مباحَ الأصلِ، ولم يوجَدْ فيه صنعةٌ تُربِي قيمتَه على قيمةِ الأصلِ، ولم تجرِ العادةُ بإحرازِه: لا يُقطَعُ، دلَّ عليه قولُ عائشةَ رضي الله عنها: «كانت اليدُ لا تُقطَعُ على عهدِ رسول الله ﷺ بالشَّيءِ التافِه»[6]، ولأنَّ الطباعَ لا تضنُّ بمثلِه، فقلَّما

(١) انظر: «الهداية» (٢/ ٣٦٣).

(٢) الزِّرْنِيخُ، بالكسر: حَجَرٌ م، أَبْيَضُ وأحمرُ وأصفرُ. انظر: «القاموس المحيط» (ص: ٢٥٢).

(٣) المغرة: طين أحمر. انظر: «القاموس المحيط» (ص: ٤٧٧).

(٤) النُّورَةُ من الحجرِ الَّذي يُحرَقُ ويُسوَّى منه الكلسُ ويُحلَقُ به شعرُ العانةِ. انظر: «لسان العرب» (٥/ ٢٤٤).

(٥) البُورَقُ والبُورَكُ الَّذي يُجعَلُ في الطَّحينِ. انظر: «لسان العرب» (١٠/ ٤٠٠).

(٦) رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٨١١٤)، وأبو عوانة في «مستخرجه» (٦٢٢١) عن عائشة رضي الله عنها. ورواه أبو يوسف في «الخراج» (ص: ١٨٣)، وعبد الرزاق في «مصنفه» (١٨٩٥٩)، وابن راهويه في «مسنده» (٧٣٩)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ٤٤٦) عن عروة رضي الله عنه مرسلاً.

يوجَدُ أخذُه على كُرهٍ من المالكِ، فلا حاجةَ إلى شرعِ الزاجرِ، ولهذا لا يُقطَعُ بما دونَ النصابِ، ولأنَّ الحِرزَ فيها ناقصٌ، أَلَا تَرَى أنها تُلقَى على الأبوابِ والأفنيةِ، وإنما تدخُلُ في الدُّورِ للعِمارةِ لا للإحرازِ، والطيرُ يطيرُ، والصيدُ يَفِرُّ، فماليَّتُه لا تقرُّ؟ ولأنَّ الشركةَ العامَّة فيها، وهي على الصِّفةِ التي كانت تُورِثُ الشُّبهةَ.

(هـ)[1]: ويدخُلُ في السَّمكِ: المالحُ والطَّريُّ، وفي الطيرِ: الدَّجاجُ والبطُّ والحمامُ لما ذكرنا، ولقولِه عليه السَّلامُ: «لا قطْعَ في الطيرِ»[2].

وعن أبي يوسُفَ: أنَّه يجبُ القطعُ في كلِّ شيءٍ إلا الطينَ والترابَ والسِّرقينَ، وبه الشافعيُّ[3]، والحُجَّةُ عليهما ما مرَّ.

قال: (وَلَا فِيمَا يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ، كَالْفَوَاكِهِ الرَّطْبَةِ، وَاللَّبَنِ، وَاللَّحْمِ، وَالْبِطِّيخِ) لقوله عليه السَّلامُ: «لا قطْعَ في ثمَرٍ ولا كثَرٍ»[4] والكثَرُ: الجُمَّار، وقيل: الرديءُ، وفي «المغرب»: «لا قطعَ في ثمَرٍ ولا كثَرٍ»؛ يعني: الثمرَ المعلَّقَ في النخلِ الذي لم يُجذَّ ولم يُحرَزْ، والكَثَرُ: الجُمَّارُ، وهو شيءٌ أبيضُ رخْصٌ يخرُجُ من رأسِ النخلِ، ومَن قال: هو حطَبٌ أو صغارُ النخلِ فقد أخطأَ[5].

---

(١) انظر: «الهداية» (٢/ ٣٦٣).

(٢) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٣٦٠): غريب مرفوعاً.

ورواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٨٦٠٨)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ٤٥٨) عن عثمان رضي الله عنه موقوفاً.

(٣) انظر: «الحاوي الكبير» (١٣/ ٢٧٦).

(٤) رواه أبو داود (٤٣٨٨)، والترمذي (١٤٤٩)، والنسائي (٤٩٦١)، وابن ماجه (٢٥٩٣)، وأحمد في «مسنده» (١٥٨٠٤) من حديث رافع بن خديج رضي الله عنه.

(٥) انظر: «المغرب» (ص: ٦٨).

وقال عليه السَّلامُ: «لا قطعَ في الطعام»[1]، والمرادُ: ما يتسَارعُ إليه الفسَادُ، كالمهيَّأ للأكَلِ وما في معنَاه كاللَّحمِ والثَّمرِ؛ لأنَّه يُقطَعُ في الحِنطَةِ.

قال: (**وَالْفَاكِهَةِ عَلَى**[2] **الشَّجَرِ، وَالزَّرْعِ الَّذِي لَمْ يُحْصَدْ**[3]) لعدمِ الإحرازِ، ولِما مرَّ من الحديثِ.

قال: (**وَلَا قَطْعَ فِي الْأَشْرِبَةِ الْمُطْرِبَةِ**) لأنَّ السارقَ يتأوَّلُ في تناوُلِها الإراقةَ، ولأنَّ بعضَها ليس بمالٍ، وفي ماليةِ بعضِها اختلافٌ: فتتحقَّقُ شبهةُ عدمِ الماليةِ.

قال: (**وَلَا فِي الطُّنْبُورِ**) لأنَّه من المعازفِ.

قال: (**وَلَا فِي سَرِقَةِ الْمُصْحَفِ**[4] **وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ حِلْيَةٌ**) وقال الشافعيُّ[5]: يُقطعُ؛ لأنَّه مالٌ متقوَّمٌ، وهو روايةٌ عن أبي يوسُفَ، وعنه: يُقطَعُ إذا بلَغَتْ حِليتُه نصابًا؛ لتأصُّلِها في الماليةِ، ولنا: أنَّ الآخِذَ يتأوَّلُ في أخذِه للقراءةِ[6] والنظرِ فيه، ولأنَّه لا ماليةَ له باعتبار المكتوبِ، وإحرازُه لا للجلدِ والأوراقِ والحليةِ، فكانت توابعَ، ولا عبرةَ للتَّبعِ، كمَنْ سرقَ آنيةً فيها خمرٌ، وقيمةُ الآنيةِ فوقَ النِّصابِ.

قال: (**وَلَا الصَّلِيبِ مِنَ الذَّهبِ وَالشِّطْرَنْجِ، وَلَا النَّرْدِ**) لأنَّه يتأوَّلُ في أخذِها الكسْرُ نهيًا عن المنكَرِ، بخلافِ الدَّراهمِ التي عليها التِّمثالُ فإنه لا يُباحُ كسرُها، وعن أبي يوسُفَ: لا يُقطعُ في الصَّليبِ إذا كانَ في المصلَّى، وإلا: فيُقطَعُ.

---

(١) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٣٦٢): غريب بهذا اللفظ. وروى أبو داود في «المراسيل» (٢٤٥) عن الحسن مرسلاً.

(٢) في (ش): «في».

(٣) في (ج): «يحصده».

(٤) في (ش) و(ف): «مصحف».

(٥) انظر: «روضة الطالبين» (١٠/ ١٢١)، وأما المصحف الموقوف للقراءة فيه فلا يقطع فيه. انظر: «إعانة الطالبين» (٤/ ١٨٢).

(٦) في (ف) و(ج): «القراءة».

قال: (وَلَا قَطْعَ عَلَى سَارِقِ الصَّبِيِّ الْحُرِّ وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ حُلِيٌّ) لأنَّ الحرَّ ليسَ بمالٍ، وما عليه من الحليِّ تبَعٌ له، وعن أبي يوسُفَ: يُقطَعُ إذا بلغَتْ حليُّه نصابًا، وعلى هذا: إذا سرقَ إناءَ فضَّةٍ فيها نبيذٌ أو ثَريدٌ، والخلافُ في صبيٍّ لا يمشِي ولا يتكلَّمُ كي لا[1] تكونَ في يدِ نفسِه.

قال: (وَلَا فِي سَرِقَةِ العَبْدِ الْكَبِيرِ) لأنَّه غصبٌ أو خِداعٌ.

قال: (وَيُقْطَعُ فِي سَرِقَةِ العَبْدِ الصَّغِيرِ) لتحقُّقِها بحدِّها، إلا إذا كان يعبِّرُ عن نفسِه؛ لأنَّه والبالغُ سواءٌ في اعتبارِ يدِه.

وقال أبو يوسُفَ: لا يُقطَعُ وإن كانَ لا يعبِّرُ عن نفسِه؛ لأنَّه آدميٌّ، فيُلحَقُ بالحرِّ فيما يندَرِئُ بالشُّبهةِ، ولهما: أنَّه مالٌ حقيقةً وشرعًا انضمَّ إليه الآدميَّةُ، فازدادَ قُبحُها[2].

وَلَا قَطْعَ فِي الدَّفَاتِرِ كُلِّهَا إِلَّا دَفَاتِرَ الْحِسَابِ، وَلَا فِي سَرِقَةِ كَلْبٍ وَلَا فَهْدٍ، وَلَا دُفٍّ وَلَا طَبْلٍ وَلَا مِزْمَارٍ، وَيُقْطَعُ فِي السَّاجِ، وَالْقَنَا، وَالْأَبَنُوسِ، وَالصَّنْدَلِ، وَإِذَا اتُّخِذَ مِنَ الْخَشَبِ أَوَانٍ أَوْ أَبْوَابٌ: قُطِعَ فِيهَا.

وَلَا قَطْعَ عَلَى خَائِنٍ وَلَا خَائِنَةٍ، وَلَا نَبَّاشٍ، وَلَا يُقْطَعُ السَّارِقُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، وَلَا مِنْ مَالٍ لِلسَّارِقِ فِيهِ شَرِكَةٌ.

وَمَنْ سَرَقَ مِنْ أَبَوَيْهِ، أَوْ وَلَدِهِ، أَوْ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ: لَمْ يُقْطَعْ، وَكَذَا إِذَا سَرَقَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مِنَ الْآخَرِ، أَوِ الْعَبْدُ مِنْ سَيِّدِهِ، أَوْ مِنَ امْرَأَةِ سَيِّدِهِ، أَوْ زَوْجِ سَيِّدَتِهِ، أَوِ الْمَوْلَى مِنْ مُكَاتَبِهِ، وَكَذَا السَّارِقُ مِنَ الْمَغْنَمِ.

---

(١) في (ش): «لئلا».

(٢) في (ف): «قيمتها».

قال: (**وَلَا قَطْعَ فِي الدَّفَاتِرِ كُلِّهَا إِلَّا دَفَاتِرَ الْحِسَابِ**) لأنَّ المقصودَ منها ما فيها، وذلك ليس بمالٍ، ولا يُقصَدُ من دفاترِ الحسابِ إلا المالُ، فلم تختلَّ ماليةُ جلدِها وكواغِدِها[1]، وفي كُتبِ الآدابِ[2] اختلافُ المشايخِ.

قال: (**وَلَا فِي سَرِقَةِ كَلْبٍ وَلَا فَهْدٍ**) لأنَّه مباحُ الأصلِ، وقلَّة رغَباتِ الناسِ في اقتِنائها. وكذا الوحوشُ بأسْرِها، والصُّيودُ بكُلِّيَّتِها.

قال: (**وَلَا دُفٍّ وَلَا طَبْلٍ وَلَا مِزْمَارٍ**) (**شط**): وما أشبهَها من الملاهِي، أمَّا عندهما فلأنَّه لا قيمةَ لها، وأمَّا عندَ أبي حنيفةَ فلأنَّه يُباحُ أخذُها للكسر نهيًا عن المنكَر.

(**ط**): وفي طبلِ الغُزاةِ اختلافُ المشايخِ.

قال: (**وَيُقْطَعُ فِي السَّاجِ، وَالْقَنَا، وَالْأَبَنُوسِ، وَالصَّنْدَلِ**) لأنَّها أموالٌ محرَزةٌ عزيزةٌ عند الناسِ، ويقطَعُ في الفُصوصِ الخُضرِ والياقوتِ والزَّبرجَدِ؛ لأنَّها أعزُّ الأموالِ في الطلْبةِ.

قال جارُ اللهِ رحمه الله: السَّاجُ ضربٌ من الشجَرِ تعلوهُ حُمرةٌ، وهو صَلبٌ كالحجَرِ، ولا يكونُ هذا الأبنوسُ إلَّا في بلادِ الهندِ، ودُورُ ساداتِ مكةَ من هذا السَّاجِ.

قال: (**وَإِذَا اتُّخِذَ مِن الْخَشَبِ أَوَانٍ أَوْ أَبْوَابٌ: قُطِعَ فِيهَا**) لأنَّها بالصَّنعةِ التحقَتْ بالأموالِ النفيسَةِ، ولهذا يُحرَزُ كسائرِ الأموالِ، بخلافِ الحُصُر؛ لأنَّ الصَّنعةَ لم تغلِبْ على الجنسِ حتى تُبسَطَ في غيرِ الحِرزِ، ويُقطَعُ في الحصُرِ البغداديةِ لغلبةِ الصَّنعةِ على الأصلِ.

قلتُ: وتفسير الغلَبةِ أن تزيدَ قيمةُ الصنعةِ على قيمةِ الأصل، إليه أشارَ في

---

(١) الكاغَد: هو القرطاس. انظر: «القاموس المحيط» (ص: ٣١٥).

(٢) في (ج): «الأدب».

(ط هـ)[١]، وإنما يجبُ القطعُ في غير المركَّبِ إذا كان خفيفًا لا يثقُلُ على الواحدِ حملُه؛ لأنَّ الثقيلَ قلَّما يُرغَبُ في سرقتِه.

قال: (**وَلَا قَطْعَ عَلَى خَائِنٍ وَلَا خَائِنَةٍ**) ولا منتهِبٍ ولا مختلِسٍ؛ لقوله عليه السَّلامُ: «لا قطعَ على مختَلِسٍ ولا منتَهِبٍ ولا خائنٍ»[٢] لانتفاءِ رُكنِ السرقةِ.

قال: (**وَلَا نَبَّاشٍ**) وقال أبو يوسُفَ والشافعيُّ[٣]: تُقطَعُ؛ لقوله عليه السَّلامُ: «مَنْ نبَشَ قطَعْناه»[٤] ولأنَّه مالٌ متقوَّمٌ محرَزٌ، ولنا قولُه عليه السَّلامُ: «لا قَطْعَ على المختفِي»[٥]، وهو النبَّاشُ بلغة أهلِ المدينةِ، ولتمكُّنِ شُبهةِ المِلك وقصُورِ الحِرزِ وقلَّةِ الرَّغباتِ فيه، والحديثُ محمولٌ على السياسةِ.

(هـ)[٦]: وإن كان القبرُ في بيتٍ مقفَلٍ فهو على الخلافِ في الصَّحيحِ، وكذا إذا سرَقَ من تابوتٍ في القافلة وفيه الميِّتُ.

قال: (**وَلَا يُقْطَعُ السَّارِقُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ**) لأنَّه مالُ العامَّة، وهو منهم.

---

(١) انظر: «الهداية» (٢/ ٣٦٥).

(٢) رواه الترمذي (١٤٤٨)، والنسائي (٤٩٧١)، والدارمي في «سننه» (٢٣٥٦) من حديث جابر رضي الله عنه. قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٣) انظر: «الحاوي الكبير» (١٣/ ٣١٣).

(٤) رواه البيهقي في «السنن الصغير» (٢٦٢٢) من حديث عمران بن يزيد بن البراء عن أبيه عن جده رضي الله عنهم.

(٥) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٣٦٧): غريب.

وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٨٦١٢) عن الزهري، قال: أتي مروان بقوم يختفون ـ أي: ينبشون القبور ـ فضربهم، ونفاهم، والصحابة متوافرون. وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٨٦٢٣) عن ابن عباس، قال: ليس على النباش قطع، وعليه شبيه بالقطع.

(٦) انظر: «الهداية» (٢/ ٣٦٥).

قال: (وَلَا مِنْ مَالٍ لِلسَّارِقِ فِيهِ شَرِكَةٌ) لأنَّ القطعَ يسقُطُ بالشُّبهةِ، والمِلكُ أقوى من الشُّبهةِ، ولهذا لا يُحدُّ المولى بوطءِ الجاريةِ المشتركةِ.

(شط): سرَقَ من مديونِه دراهمَ وعليه دنانيرُ حالَّةٌ: لا يقطَعُ، وإنْ سرَقَ أكثرَ مما عليه؛ لأنَّه أخذَ جنسَ حقِّه، وإنْ كان مؤجَّلًا: يُقطَعُ قياسًا لا استحسانًا؛ لأنَّ التأجيلَ لتأخيرِ المطالَبةِ مع بقاء حقِّ الأخذِ، وعن أبي يوسُفَ: يُقطَعُ فيهما لاختلافِ الجنسِ، وكذا إذا كان حليًّا من فضةٍ وعليه دراهمُ، ولو سرقَ من جنس حقِّه لكن أجوَدَ أو أردأَ منه: لا يُقطعُ، ولو سرَقَ عُروضًا: يُقطَعُ لانتفاءِ حقِّ الأخذِ، إلا أنْ يقولَ: أخذتُها قضاءً بحقِّي أو رهنًا؛ لأنَّ ابنَ أبي ليلى والشافعيَّ[1] يُطلِقانَ أخذَ خلافِ جنسِ حقِّه[2] للمُجانَسةِ في الماليَّةِ.

(شذ): وما قالا هو الأوسَعُ، ويجوزُ الأخذُ به وإنْ لم يكُنْ مذهبَنا، فإنَّ الإنسانَ يُعذَرُ في العملِ به عند الضرورةِ.

قال: (وَمَنْ سَرَقَ مِنْ أَبَوَيْهِ، أَوْ وَلَدِهِ، أَوْ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ: لَمْ يُقْطَعْ) لقصورِ الحِرزِ؛ لأنَّ له ولايةَ الدخولِ من غيرِ استئذانٍ، بخلافِ الصَّديقِ لانتفاءِ الصداقةِ بالسرقةِ، وقال الشافعيُّ[3]: يُقطَعُ في القرابةِ المتوسِّطةِ إلحاقاً لها بالبعيدةِ، ونحن ألحقناها بالقريبةِ على ما مرَّ في العَتَاقِ.

(ه)[4]: ولو سرقَ من بيت ذي الرحِمِ المحرَمِ متاعَ غيرِه: ينبغي أن لا يُقطعَ، ولو سرقَ مالَه من بيت غيرِه: يُقطَعُ اعتباراً للحِرزِ، ولو سرَقَ من أمِّه من

(١) انظر: «منهاج الطالبين وعمدة المفتين» (ص٣٥١).

(٢) في (ج): «خلاف جنسه».

(٣) انظر: «بحر المذهب» (١٣/ ١٠٠).

(٤) انظر: «الهداية» (٢/ ٣٦٦).

الرَّضاع: يُقطَعُ، وعن أبي يوسُفَ: لا يُقطَعُ؛ لدخُولِه من غيرِ استئذانٍ واحتِشامٍ، بخلافِ الأختِ من الرَّضاعِ لانعدامِه، ولنا: أنَّ المحرَميَّةَ بدونِ النَّسَبِ لا تُحترَمُ، كالمحرَميَّةِ بالزِّنا والتَّقبيلِ.

قال: (وَكَذَا[1] إذَا سَرَقَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مِن الْآخَرِ، أَوِ الْعَبْدُ مِنْ سَيِّدِهِ، أَوْ مِن امْرَأَةِ سَيِّدِهِ، أَوْ زَوْجِ سَيِّدَتِهِ، أَوِ الْمَوْلَى مِنْ مُكَاتَبِهِ) لوجودِ الإذنِ بالدخولِ عادةً، ولو سرَقَ أحدُ الزوجَين من حِرزِ الآخَرِ خاصةً لا يسكُنانِ فيه، فكذلكَ عندَنا خلافاً للشَّافعيِّ[2]؛ لبُسوطةٍ بينهُما في الأموالِ عادةً، وهو نظيرُ الخلافِ في الشَّهادةِ.

قال: (السَّارِقُ مِن الْمَغْنَمِ) لأنَّ له فيه نصيباً، وهو مأثورٌ عن عليٍّ رضي الله عنه[3] حُكماً وتعليلاً.

وَالحِرْزُ عَلَى ضَرْبَيْنِ: حِرْزٌ لِمَعْنًى فِيهِ كالدُّورِ والبُيُوتِ، وَحِرْزٌ بِالحَافِظِ، فَمَن سرَقَ شيئاً من حِرزٍ أو غَيرِ حِرْزٍ وصَاحِبُه عنْدَه يحفَظُه: قُطِعَ.

قال: (وَالْحِرْزُ عَلَى ضَرْبَيْنِ: حِرْزٌ لِمَعْنًى فِيهِ كالدُّورِ وَالْبُيُوتِ، وَحِرْزٌ بِالْحَافِظِ، فمَن سرَقَ شيئاً من حِرزٍ أو غَيرِ حِرْزٍ وصَاحِبُه عنْدَه يحفَظُه: قُطِعَ) (ه)[4]: الحِرزُ أمرٌ لا بدَّ منه؛ لأنَّ الاستِسرارَ ـ وهو ركنُ السرِقةِ ـ لا يتحقَّقُ إلَّا به، ثمَّ قد يكونُ بالمكانِ، وهو المكانُ المعَدُّ لإحرازِ الأمتعَةِ كالدُّورِ والبيوتِ والحوَانيتِ والصُّندوقِ، وقد يكونُ بالحافظِ، كمَنْ جلسَ في الطريقِ أو في المسجدِ وعندَه متاعُه، فهو محرَزٌ به، «وقد

(١) في (ش) و(ف): «كذلك».

(٢) انظر: «روضة الطالبين» (١٠/ ١٢٠).

(٣) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٨٨٧١).

(٤) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٢/ ٣٦٧).

قطعَ رسولُ الله ﷺ مَن سرَقَ رِداءَ صفوانَ من تحتِ رأسِه وهو نائمٌ في المسجد»[١]، وفي الحِرزِ بالمكان لا يعتبَرُ الإحرازُ بالحافظِ هو الصَّحيحُ؛ لأنَّه محرَزٌ بدونِه، وإن لم يكُنْ للبيت بابٌ، أو له بابٌ وهو مفتوحٌ: يُقطَعُ السارقُ منه؛ لأنَّ البناءَ لقصدِ الإحراز، إلا أنَّه لا يجِبُ القطعُ إلا بالإخراجِ؛ لقيامِ يدِه قبلَه، بخلافِ المحرَزِ بالحافظِ، حيثُ يجِبُ القطعُ فيه كما أُخذ؛ لزوالِ يدِ المالك[٢] بمجرَّدِ الأخذِ، فتتِمُّ السَّرقةُ.

قلتُ: وهذا فائدةُ قولِه: أنه لا يُعتبَرُ الإحرازُ بالحافظِ بالحِرزِ في المكانِ؛ لأنَّه متى[٣] سرَقَ من البيتِ وصاحبُه عندَه يحفظُه: لا يجِبُ القطعُ بمجرَّدِ الأخذِ حتى يُخرِجَه.

(هـ)[٤]: ولا فرقَ بينَ أنْ يكونَ الحافظُ مستيقِظاً أو نائماً، والمتاعُ عندَه أو تحتَه[٥]، هو الصَّحيحُ؛ لأنَّه يُعدُّ النائمُ عند متاعِه حافظاً له عادةً، وعلى هذا لا يضمَنُ المودَعُ والمستعيرُ بمثلِه؛ لأنَّه ليس بتضييعٍ، خلافَ[٦] ما اختاره في «الفتاوى».

(ط): الحِرزُ بالمكان كالدُّورِ والدكاكينِ والخاناتِ والخيامِ والفَساطيطِ والأخبِيَةِ.

(جت): وصاحبُه نائمٌ عليه أو حيثُ يراه ويحفظُه: قُطِعَ.

---

(١) رواه أبو داود (٤٣٩٤)، والنسائي (٤٨٨١)، وابن ماجه (٢٥٩٥)، وأحمد في «مسنده» (١٥٣٠٣) من حديث صفوان بن أمية رضي الله عنه.
وانظر: «نصب الراية» للزيلعي (٣/ ٣٦٨).

(٢) في (ف): «كذلك».

(٣) في (ف) و(ص): «من».

(٤) انظر: «الهداية في شرح بداية المبتدي» (٢/ ٣٦٧).

(٥) في (ج): «عنده أو بجنبه».

(٦) في (ش) و(ج): «بخلاف».

وروى ابن أبي مالكٍ عن محمدٍ: ولو سرَقَ من رجلٍ ثوباً عليه، أو رداءَه، أو قَلَنسُوتَه، أو مِنطقتَه، أو سرقَ من امرأةٍ نائمةٍ حليًّا عليها: لم يُقطَعْ، وكذا إذا سرقَ من رجلٍ نائمٍ عليه مِلَاءَةٌ[1] وهو لابسُها: لم يُقطَعُ، ثم قال: يُقْطَع، كالموضُوعَةِ عندَه، ولو سرقَ شاةً أو بقَرةً أو فرَساً من المرعَى: فلا قَطْعَ.

(شب): إلَّا أن يكونَ عليها راعٍ يحفظُها.

(جت): لا قطعَ في المواشِي في المرعى وإن كان معها الراعِي، وإنْ كان معَها سوى الراعي ممَّن يحفظُها: يجبُ القطعُ الآن، وكثيرٌ من مشايخِنا أفتَوا بهذا، وإن كان الغنمُ يَأوي إلى بيتٍ بالليل بُنيَ لها عليه بابٌ مغلَقٌ، فكسَرَه وسرقَ منه شاةً: قُطعَ.

(جت): لا يعتبَرُ الغَلَقُ إذا كان البابُ مردوداً، إلا أن يكونَ بيتاً منفرِداً في الصحراء والمَراحِ، والجرينُ: حِرزٌ، وإن لم يكُنْ عليه حافظٌ، وقيل: هذا إذا كان معه حافظٌ.

(قد): وما كان حِرزاً بنفسِه كالدُّورِ والبيوت يستوي فيه ما كان بابُه مردوداً أو مفتوحاً وما لا بابَ له؛ لأنَّ بناءَه للإحرازِ، فعلى هذا لو سرقَ من القُصورِ التي تكونُ على رأسِ الأَرَضينَ، ومن بعضِ الكُرومِ من غيرِ بابٍ، أو من الحصنِ الذي يُقالُ له: خوازه[2] بالفارسيةِ: يُقطعُ.

(حاوي): اتخذَ من حجَرٍ أو شوكٍ حظيرةً، وجمَعَ فيها الأغنامَ وهو نائمٌ عندها: يقطَعُ سارقُها، وعن محمدٍ: يُقطَعُ سواءٌ كان معها حافظٌ أو لم يكُنْ، وعليه عامَّةُ المشايخ.

(ط): وأصلُ هذه المسائل أنَّ كلَّ مكانٍ أُعدَّ لحفظِ الأموالِ فيه: يُقطَعُ سارقُها منه، وإن لم يكُنْ معها حافظٌ، وإلا: فيُعتبَرُ الحافظُ.

---

(١) في (ف): «قباة»، وفي (ش): «ملامة».

(٢) في (ش): «نوارة»، وفي (ف): «جوازة».

قلتُ: ولم يذكُرْ في «الكتاب» أنَّه إذا كان معدًّا لحفظِ نوعٍ من الأموالِ، فسرَقَ منه غيرَه، هل يُقطعُ أم لا؟ واختلفَ المشايخُ فيه.

(شط): حِرزُ كلِّ شيءٍ معتبَرٌ بحِرزِ مثلِه، حتى لو سرَقَ دابةً من إصطَبلٍ: يُقطَعُ، ولو سرَقَ لؤلؤةً منه: لا يُقطَعُ، وقال الكَرْخيُّ: كلُّ ما كان حِرزاً لنوعٍ من الأموالِ فهو حِرزٌ لجميعِ الأنواعِ[1]، حتى لو سرقَ لؤلؤةً من شريحةٍ؛ يقال: يُقطَعُ، وكذا لو سرقَ ثيابَ الراعِي من المراحِ: يُقطَعُ.

(شس): وهو المذهبُ عندنا.

(حاوي): كان البابُ مفتوحاً، فدخلَ نهاراً وسرقَ: لم يُقطَعْ، وبعدَ العتمَةِ: يُقطَعُ، سواءٌ سرَقَ خفْيةً أو مُكابَرةً، معه سلاحٌ أو لا، ولو دخلَها ما بينَ العشائَين: يُقطَعُ، وإن كان الناسُ يجيئون ويذهبونَ فهو بمنزلةِ النهارِ، ولو دخلَها اللصُّ ليلًا وفيها صاحبُها، فلم يعلَمْ أحدُهما بالآخرِ أو لم يعلَما: قُطعَ، ولو علِما: لا يُقطعُ، ولو كابَرَه ليلًا؛ أي: دخلَ عليه بسلاحٍ وقاتَلَه حتى أخذَ مالَه: قُطعَ، ولو كابَرَه نهارًا: لا يُقطعُ، والقياسُ أن يُقطَعَ، لكنا استحسَنَّا ليلًا سدًّا لبابِ المكابَرة باللَّيالي.

وَلَا قَطْعَ عَلَى مَنْ سَرَقَ مِنْ حَمَّامٍ أَوْ مِنْ بَيْتٍ أُذِنَ لِلنَّاسِ فِي دُخُولِهِ، وَمَنْ سَرَقَ مِن الْمَسْجِدِ مَتَاعًا وَصَاحِبُهُ عِنْدَهُ: قُطِعَ، وَلَا قَطْعَ عَلَى الضَّيْفِ إِذَا سَرَقَ مِمَّنْ أَضَافَهُ، وَإِذَا نَقَبَ اللِّصُّ الْبَيْتَ، وَدَخَلَ وَأَخَذَ الْمَالَ وَنَاوَلَهُ آخَرَ خَارِجَ الْبَيْتِ: فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِمَا، وَإِنْ أَلْقَاهُ فِي الطَّرِيقِ، ثُمَّ خَرَجَ فَأَخَذَهُ: قُطِعَ، وَكَذَلِكَ إِنْ حَمَلَهُ عَلَى حِمَارٍ فَسَاقَهُ فَأَخْرَجَهُ، وَإِذَا دَخَلَ الْحِرْزَ جَمَاعَةٌ، فَتَوَلَّى بَعْضُهُمُ الْأَخْذَ: قُطِعُوا جَمِيعًا.

---

(١) في (ج): «الأموال».

قال: (**وَلَا قَطْعَ عَلَى مَنْ سَرَقَ مِنْ حَمَّامٍ أَوْ مِنْ بَيْتٍ أُذِنَ لِلنَّاسِ فِي دُخُولِهِ**) لوجودِ الإِذْنِ عادةً أو حقيقةً في دخُولِه، فاختلَّ الحِرزُ.

(هـ)[(١)]: ويدخلُ في ذلكَ حَوانِيتُ التجَّارِ والخاناتُ، إلا إذا سرَقَ منه ليلًا؛ لأَنَّها بُنِيَتْ لإحرازِ الأموالِ، وإنما الإذنُ مختصٌّ بالنَّهارِ.

قلتُ: وهذا بخلافِ ما ذُكرَ في «الحاوي».

قال: (**وَمَنْ سَرَقَ مِن الْمَسْجِدِ مَتَاعًا وَصَاحِبُهُ عِنْدَهُ: قُطِعَ**) لأَنَّه محرَزٌ بالحافظِ؛ لأنَّ المسجدَ ما بُني لحفظِ الأموالِ، فلم يكُنِ المالُ محرَزًا بالمكانِ، بخلافِ الحمَّامِ والبيت الَّذي أُذنَ للناسِ في دخولِه، حيثُ لا يُقطَعُ؛ لأَنَّه بُنِيَ للإحرازِ، فكان المكانُ حِرزًا: فلا يُعتبرُ الحافظُ.

قال: (**وَلَا قَطْعَ عَلَى الضَّيْفِ إِذَا سَرَقَ مِمَّنْ أَضَافَهُ**) لأنَّ البيتَ لم يبقَ حِرزًا في حقِّه؛ لأَنَّه مأذونٌ في دخولِه كأهلِ الدارِ، فيكونُ فعلُه خيانةً لا سَرِقةً.

قال: (**وَإِذَا نَقَبَ اللِّصُّ الْبَيْتَ، وَدَخَلَ وَأَخَذَ الْمَالَ وَنَاوَلَهُ آخَرَ خَارِجَ الْبَيْتِ: فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِمَا**) لأنَّ الأولَ هتَكَ الحِرزَ، لكنْ لم ينفَصِلْ عن الحِرزِ مع المالِ، والثاني أخذ المالَ، لكنْ لم يهتِكِ الحِرزَ، فلم تتكامَلِ السَّرِقةُ في حقِّ كلِّ واحدٍ منهما.

(**شق**): وهذا قولُ أبي حنيفَةَ، وقال أبو يوسُفَ ومحمَّدٌ والشافعيُّ[(٢)]: يُقطَعُ الداخلُ؛ لأَنَّه هتَكَ الحِرزَ وأخرجَ المالَ، والحُجَّةُ عليهم ما مرَّ.

---

(١) انظر: «الهداية» (٢/ ٣٦٧).

(٢) فصل الشافعية في هذه المسائل وفرقوا فيما لو نقب واحد منهما، أو نقب الاثنان، أما لو نقب واحد منهما وأخرج الآخر فلا قطع على أحدهما. انظر: «أسنى المطالب» (٤/ ١٤٧)، ولتفصيل حالات الشريكين في النقب انظر: «روضة الطالبين» (١٠/ ١٣٤).

(هـ)[١]: وعن أبي يوسُفَ: إنْ أخرجَ الداخلُ يدَه فتناوَلَها[٢]، فعلى الخارجِ القطعُ، وإنْ أدخلَ الخارجُ يدَه فتناولَها: فعلى الخارجِ.

قال: (وَإِنْ أَلْقَاهُ فِي الطَّرِيقِ، ثُمَّ خَرَجَ فَأَخَذَهُ: قُطِعَ) وقال زُفَرُ: لا يُقطَعُ كما إذا لم يأخُذْها، ولنا: أنَّ هذه حيلةٌ يعتادُها السُّرَّاقُ؛ لأنَّ الخروجَ مع المالِ من النَّقبِ متعذِّرٌ، أو ليتفرَّغَ لقتال صاحبِ الدَّارِ أو للفِرارِ، ولو لم يُقطَعْ ينسدُّ بابُ هذا الحدِّ، بخلافِ ما لم يأخُذْه؛ لأنَّه مضيِّعٌ لا سارقٌ.

قال: (وَكَذَلِكَ إِنْ حَمَلَهُ عَلَى حِمَارٍ، فَسَاقَهُ فَأَخْرَجَهُ) لأنَّ سيرَه يُضافُ إليه لسَوقِه، وإنْ سرقه ولم يُخْرِجْه عن الدارِ: لم يُقطَعْ؛ لأنَّ الدارَ حِرزٌ واحدةٌ.

قال: (وَإِذَا دَخَلَ الْحِرْزَ جَمَاعَةٌ، فَتَوَلَّى بَعْضُهُمُ الْأَخْذَ: قُطِعُوا جَمِيعًا) استِحسانًا، والقياسُ أن يُقطعَ الحاملُ وحدَه، وبه زُفَرُ؛ لتمامِ السَّرقةِ به، ولنا: أنَّ الإخراجَ وُجدَ من الكلِّ معنًى بالمعاوَنة كما في قطَّاعِ الطَّريقِ؛ لأنَّهم يعتادونَ التَّحميلَ على البعضِ؛ ليتفرَّغَ الباقون للدَّفعِ، فامتناعُ القطعِ فيه يُفضِي إلى سدِّ بابِ الحدِّ.

وَمَنْ نَقَبَ الْبَيْتَ، وَأَدْخَلَ يَدَهُ فِيهِ، فَأَخَذَ شَيْئًا: لَمْ يُقْطَعْ، وَإِذَا أَدْخَلَ يَدَهُ فِي صُنْدُوقِ الصَّيْرَفِيِّ أَوْ فِي كُمِّ غَيْرِهِ، فَأَخَذَ الْمَالَ: قُطِعَ، وَيُقْطَعُ يَمِينُ السَّارِقِ مِنَ الزَّنْدِ وَيُحْسَمُ.

قال: (وَمَنْ نَقَبَ الْبَيْتَ، وَأَدْخَلَ يَدَهُ فِيهِ، فَأَخَذَ شَيْئًا: لَمْ يُقْطَعْ) وعن أبي يوسُفَ في «الإملاء» أنَّه يقطَعُ؛ لإخراجِ المالِ من الحِرزِ كما في الصُّندوقِ، ولنا: أنَّ هتْكَ الحِرزِ الكاملِ شرطٌ، والهَتكُ الكاملُ بالدخولِ؛ لأنَّه الغالبُ المعتادُ، بخلافِ الصُّندوقِ لتعذُّرِه.

---

(١) انظر: «الهداية» (٢/ ٣٦٨).

(٢) في (ف): «وناوله».

قال: (وَإِذَا أَدْخَلَ يَدَهُ فِي صُنْدُوقِ الصَّيْرَفِيِّ أَوْ فِي كُمِّ غَيْرِهِ، فَأَخَذَ الْمَالَ: قُطِعَ) لتكامُلِ الهتكِ به؛ لتعذُّرِ الدُّخولِ فيه، ولو طَرَّ صُرَّةً من خارجِ الكمِّ: لم يُقطَعْ؛ لعدم هَتكِ الحِرزِ، ومن داخلِه: يقطَعُ للهَتكِ، وفي الحلِّ على عكسِه، وعن أبي يوسُفَ: أنَّه يُقطَعُ بكلِّ حالٍ، ولو سرَقَ من القطارِ بعيرًا أو حِمْلًا أو جُوالِقًا[1]: لم يقطَعْ؛ لأنَّه ليس بمُحرزٍ مقصودًا، والقائدُ والسائقُ والراكبُ يقصدونَ قطْعَ المسافةِ لا الحفظَ، حتى لو كانَ معَها مَن يتبعُها للحفظِ مقصُودًا: يقطَعُ.

(ط): ولو سرقَ شيئين: أحدُهما ممَّا يقطَعُ فيه دونَ الآخرِ؛ يعتبَرُ المقصودُ بالسَّرِقةِ وإن بلَغَ غيرُه نصابًا، حتى لو سرقَ إناءَ ذهبٍ أو فضةٍ فيه ثَريدٌ أو نَبيذٌ، أو صبيًّا حرًّا عليه حليٌّ: لا يُقطعُ، ولو كانا مما يُقطَعُ: قُطعَ.

قال: (وَيُقْطَعُ يَمِينُ السَّارِقِ مِن الزَّنْدِ وَيُحْسَمُ) أمَّا القطعُ فلقوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]، وأمَّا اليمينُ فلقراءةِ ابنِ مسعودٍ رضي الله عنه: (فاقطعوا أيمانَهما)[2]، وأمَّا من الزَّندِ: «فلأنَّ النبيَّ عليه السلامُ قطَعَ يمينَه من الزَّند»[3]، وأمَّا الحسْمُ فلقوله عليه السَّلامُ: «اقطَعُوه واحسِمُوه»[4]، ولأنَّ ترْكَ الحسْمِ يُفضِي[5] إلى التلَفِ، والحدُّ زاجرٌ لا مُتلِفٌ.

---

(١) الجُوالِقُ والجُوالَق، بكسر اللام وفتحها: وعاءٌ من الأوعية معروفٌ مُعَرَّبٌ. انظر: «لسان العرب» (١٠/ ٣٦).

(٢) انظر: «مختصر في شواذ القرآن» لابن خالويه (ص: ٣٩).

(٣) رواه الدارقطني في «السنن» (٣٤٦٦) عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، وفيه: ثم أمر بقطعه من المفصل. قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٣٧٠): ضعفه ابن القطان في «كتابه». ثم ساق له شواهد أخرى بمعناه.

(٤) رواه البزار في «مسنده» (٨٢٥٩)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤٩٧٤)، والحاكم في «المستدرك» (٨١٥٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٥) في (ش): «يؤدي».

فصلٌ
فيمَنْ سَرَقَ ثانِيًا

فَإِنْ سَرَقَ ثَانِيًا: قُطِعَتْ رِجْلُهُ الْيُسْرَى، فَإِنْ سَرَقَ ثَالِثًا: لَمْ يُقْطَعْ، وَخُلِّدَ فِي السِّجْنِ حَتَّى يَتُوبَ.

وَإِنْ كَانَ السَّارِقُ أَشَلَّ الْيَدِ الْيُسْرَى، أَوْ أَقْطَعَ، أَوْ مَقْطُوعَ الرِّجْلِ الْيُمْنَى: لَمْ يُقْطَعْ، وَلَا يُقْطَعُ السَّارِقُ إِلَّا أَنْ يَحْضُرَ الْمَسْرُوقُ مِنْهُ، فَيُطَالِبَ بِالسَّرِقَةِ، فَإِنْ ملكَهَا مِنَ السَّارِقِ، أَوْ بَاعَهَا مِنْهُ، أَوْ انتَقَصَتْ قِيمَتُهَا عَنِ النِّصَابِ: لَمْ يُقْطَعْ.

قال: (فَإِنْ سَرَقَ ثَانِيًا: قُطِعَتْ رِجْلُهُ الْيُسْرَى، فَإِنْ سَرَقَ ثَالِثًا: لَمْ يُقْطَعْ، وَخُلِّدَ فِي السِّجْنِ حَتَّى يَتُوبَ) وهذا استحسانٌ، ويعزَّرُ أيضًا، وقال الشافعيُّ[1]: تقطَعُ يدُه اليسرى، وفي الرابعة: تقطَعُ رِجلُه اليمنى؛ لقوله عليه السَّلامُ: «مَن سرَقَ فاقطَعُوه، فإن عادَ فاقطَعُوه، فإن عادَ فاقطَعُوه، فإن عادَ فاقطعُوه»[2].

ويُروى مفسَّرًا كما هو مذهبُه، ولأنَّ الثانيةَ مثلُ الأولى في كونِها جنايةً، بل فوقَها، فكان أدعَى إلى شرعِ الحدِّ، ولنا: قولُ عليٍّ رضي الله عنه: «إني لَأستَحِي مِن الله تعالى أن

(١) انظر: «روضة الطالبين» (١٠/ ١٤٩).

(٢) رواه أبو داود (٤٤١٠)، والنسائي (٤٩٧٨) من حديث جابر رضي الله عنه.

قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٣٧٢): قال النسائي: حديث منكر ومصعب بن ثابت ليس بالقوي في الحديث.

وروى نحوه النسائي (٤٩٧٧)، وأبو يعلى في «مسنده» (٢٨)، والحاكم في «المستدرك» (٨١٥٣) من حديث الحارث بن حاطب رضي الله عنه.

قال الحاكم: حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، قال الذهبي: بل منكر.

لا أدَعَ له يدًا يأكلُ بها ويستنجِي بها، ولا رِجلًا يمشِي عليها»(١) وبهذا حاجَّ بقيَّةَ الصَّحابةِ فحجَّهم، فانعقدَ إجماعًا، ولأنَّه إهلاكٌ مرتَين؛ لتفويتِ جِنسِ منفعةِ البَطشِ والمشيِ، والحدُّ زاجرٌ لا مُهلِكٌ، بخلافِ القِصاصِ؛ لأنَّه حقُّ العبدِ، فيستَوفي ما أمكَنَ جبرًا لحقِّه، وقد طعنَ الطَّحاويُّ في الحديثِ الذي رواه، أو يحمِلُه على السياسةِ.

قال: (**وَإِنْ كَانَ السَّارِقُ أَشَلَّ الْيَدِ الْيُسْرَى، أَوْ أَقْطَعَ أَوْ مَقْطُوعَ الرِّجْلِ الْيُمْنَى: لَمْ يُقْطَعْ**) لأنَّ فيه تفويتَ جنسِ المنفعةِ بطشًا أو مشيًا، وكذا إذا كانت الرِّجلُ اليُمنى شلَّاءَ، أو إبهامُ يدِه اليسرى مقطوعةً أو شلَّاءَ، أو إصبَعانِ منها سوى الإبهامِ؛ لأنَّ قوامَ البطشِ بها، ولو قال للحدَّادِ: اقطَعْ يمينَه في سرقةٍ، فقطَعَ يسارَه: لم يضمَنْ في العمْدِ والخطأِ، وقال زُفَرُ: يضمَنُ فيهما، وقال أبو يوسُفَ ومحمَّدٌ: يضمَنُ في العمْدِ دونَ الخطأِ.

قال: (**وَلَا يُقْطَعُ السَّارِقُ إِلَّا أَنْ يَحْضُرَ الْمَسْرُوقُ مِنْهُ، فَيُطَالِبَ(٢) بِالسَّرِقَةِ**) لأنَّ الخصُومةَ شرطٌ لظهورِها، ولا فرقَ بين الشَّهادةِ والإقرارِ عندَنا خلافًا للشافعيِّ في الإقرارِ(٣)؛ لأنَّ الجنايةَ في مالِ الغيرِ لا تظهرُ إلا بخصومتِه، وكذا إذا غابَ عندَ القطعِ عندنا؛ لأنَّ الاستيفاءَ من القضاءِ في بابِ الحدودِ.

(هـ)(٤): وللمستودَعِ والغاصِبِ وصاحبِ الرِّبا والمستَعِيرِ والمستأجِرِ والمضارِبِ

---

(١) رواه أبو حنيفة في «مسنده/ رواية أبي نعيم» (ص: ١٦٠)، وعبد الرزاق في «مصنفه» (١٨٧٦٤)، والدارقطني في «سننه» (٣١٦٦).

(٢) في (ف): «فيطالبه».

(٣) جاء في «فتح القدير» للكمال ابن الهمام (٥/ ٤٠٠): هو خلاف الأصح عنده، والأصح عنده: أن الإقرار كالبينة؛ يعني: إذا أقر عند الحاكم إني سرقت مال فلان نصاباً من حرزٍ لا شبهة فيه، فإنه لا يقطعه حتى يحضر فلان ويدعي، وما ذكره عن الشافعي رواية عن أبي يوسف: لأن خصومة العبد ليس إلا ليظهر سبب القطع الذي هو حق الله تعالى، وبالإقرار يظهر السبب فلا حاجة إلى ظهوره.

(٤) انظر: «الهداية» (٢/ ٣٧١).

والمستبضِعِ والقَابضِ على سومِ الشراءِ والمرتَهِنِ، وكلِّ مَن له يدٌ حافظةٌ سوى المالِكِ أنْ يقطَعَ السَّارقَ بخصُومتِه؛ لأنَّ ولايةَ الاستردادِ لهم، ويقطَعُ بخصُومةِ المالك في السَّرقةِ من هؤلاء أيضًا، إلا أنَّ الراهنَ إنما يقطَعُ بخصُومتِه حالَ قيامِ الرَّهنِ قبلَ قضاءِ الدَّينِ أو بعدَه، وقال زُفَرُ والشافعيُّ[١]: لا يُقطعُ بخصُومةِ الغَاصبِ والمستودَعِ[٢].

ولو قُطعَ سارقٌ بسرقةٍ، ثم سُرقَت منه؛ لم يكُنْ له ولا لربِّ السرِقةِ أنْ يقطَعَه، ولو سرَقَها قبلَ أن يُقطعَ الأولُ، أو بعد سقوطِ القطعِ بشُبهةٍ: يُقطَعُ بخصُومةِ الأول، ولو ردَّ السرقةَ قبلَ الرفعِ إلى الحاكمِ: لم يُقطَعْ، وعن أبي يوسُفَ: أنَّه يُقطَع.

قال: (**فَإِنْ ملكَهَا مِن السَّارِقِ، أَوْ بَاعَهَا مِنْهُ، أَوْ انتَقَصَتْ قِيمَتُهَا عَنِ النِّصَابِ: لَمْ يُقْطَعْ**) وقال زُفَر والشافعيُّ[٣]: يُقطَع، وهوَ روايةٌ عن أبي يوسُفَ؛ لأنَّ السَّرقةَ قد تمَّتْ[٤] انعقادًا وظهورًا، ولنا: أنَّ الإمضاءَ من القضاءِ في هذا البابِ؛ لوقوعِ الاستغناءِ عنه بالاستيفاءِ، فيُشترَط قيامُ الخصُومةِ عندَ الاستيفاءِ، وعن محمَّدٍ: أنَّه يُقطَع في فصلِ النقصَانِ.

وَمَنْ سَرَقَ عَيْنًا، فَقُطِعَ فِيهَا، وَرَدَّهَا، ثُمَّ عَادَ فَسَرَقَهَا وَهِيَ بِحَالِهَا: لَمْ يُقْطَعْ، فَإِنْ تَغَيَّرَتْ عَنْ حَالِهَا، مِثْل: أَنْ كَانَ غَزْلًا، فَسَرَقَهُ، فَقُطِعَ فِيهِ، فَرَدَّهُ، ثُمَّ نُسِجَ، فَعَادَ فَسَرَقَهُ: قُطِعَ، فَإِذَا قُطِعَ السَّارِقُ وَالْعَيْنُ قَائِمَةٌ فِي يَدِهِ: رَدَّها إِلَى المَالِكِ، وَإِنْ كَانَتْ هَالِكَةً: لَمْ يَضْمَنْ، وَإِن ادَّعَى السَّارِقُ أَنَّ الْعَيْنَ الْمَسْرُوقَةَ مِلْكُهُ: سَقَطَ الْقَطْعُ عَنْهُ وَإِنْ لَمْ يُقِمْ بَيِّنَةً.

قال: (**وَمَنْ سَرَقَ عَيْنًا، فَقُطِعَ فِيهَا، وَرَدَّهَا، ثُمَّ عَادَ فَسَرَقَهَا وَهِيَ بِحَالِهَا: لَمْ يُقْطَعْ**)

---

(١) انظر: «بحر المذهب» (١٣/ ٧٤ ـ ٧٥).

(٢) المقصود هنا هو المستودَع الذي جحد الوديعة ثم سُرقت منه. انظر المرجع السابق.

(٣) انظر: «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (١٧/ ٣٤٧ ـ ٣٤٨).

(٤) في (ش): «ثبتت».

لأنَّه لمَّا قُطِعَ فيها مرةً سقطَ حرمةُ[1] تلك العينِ في حقِّه: فلا تقطعُ لسقوطِ عصمتِه، ولتعذُّر خصومةِ المالِكِ في حقِّ القطعِ دون الضَّمانِ، وقال زُفَرُ والشافعيُّ[2]، وهو روايةٌ عن أبي يوسُفَ: أنَّه يُقطعُ لإطلاق النصِّ، والحُجَّةُ عليهم ما مرَّ.

قال: (**فَإِنْ تَغَيَّرَتْ عَنْ حَالِهَا، مِثْل: أَنْ**[3] **كَانَ غَزْلًا، فَسَرَقَهُ، فَقُطِعَ فِيهِ، فَرَدَّهُ ثُمَّ نُسِجَ، فَعَادَ فَسَرَقَهُ: قُطِعَ**) (ط): وعلى هذا: الصوفُ والقُطنُ والكتَّانُ وكلُّ عينٍ أحدث المالكُ فيها بعد القطعِ صنعًا لو أحدَثَه الغاصبُ ينقطعُ به حقُّ المالِك، وكذا إذا تبدَّلَ السببُ بأنْ باعَه المسرُوقُ منه بعد القطعِ، ثمَّ اشتراه فسرَقَه؛ لأنَّ تبدُّلَ العينِ والسببِ بمنزلةِ تبدُّلِ المالِكِ لعصمَةِ المتبدِّلِ.

قال: (**فإِذَا قُطِعَ السَّارِقُ وَالْعَيْنُ قَائِمَةٌ فِي يَدِهِ: رَدَّها إِلَى المَالِكِ**) لقوله عليه السَّلامُ: «على اليدِ ما أخذَتْ حتى ترُدَّ»[4].

قال: (**وَإِنْ كَانَتْ هَالِكَةً: لَمْ يَضْمَنْ**) وقال الشافعيُّ[5]: يضمَنُ كالغَصْبِ، ولنا قولُه عليه السَّلامُ: «لا غُرْمَ على السَّارِقِ بعدَما قُطِعَتْ يَدُه»[6]، ولأنَّ الضَّمانَ يُنافي القطعَ؛

---

(١) في (ف): «حد».

(٢) انظر: «روضة الطالبين» (١٠/ ١٢١).

(٣) في (ش) و(ف): «أن لو».

(٤) رواه أبو داود (٣٥٦١)، والترمذي (١٢٦٦)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٥٧٥١)، وابن ماجه (٢٤٠٠)، وأحمد في «مسنده» (٢٠٠٨٦) من حديث سمرة رضي الله عنه. قال الترمذي: هذا حديث حسن. وانظر: «نصب الراية» (٤/ ١٦٧).

(٥) انظر: «روضة الطالبين» (١٠/ ١٤٩).

(٦) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٣٧٥): غريب بهذا اللفظ.

وروى النسائي (٤٩٨٤) من حديث عبد الرحمن بن عوف بلفظ: «لا يغرم صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحد» وقال النسائي: هذا مرسل وليس بثابت. مراده فيه انقطاع في إسناده.

لأَنَّه يوجِبُ المِلكَ في المسروقِ مستنِدًا إلى وقت السرقةِ لِما عُرفَ من أصلِنا، ومِلكُ المسروقِ يُنافي القطعَ.

(ط): لو ردَّ السَّرقةَ قبلَ المرافَعةِ إلى الحاكمِ: لم يقطَعْ، شهدَ الشهودُ عليه أو لا، خلافَ أبي يوسُفَ، ولو ردَّ بعدَ المرافَعةِ والشَّهادةِ قبلَ القضاءِ لم يذكُرْه محمدٌ أصلًا، وقال الكَرْخيُّ: لا يقطَعُ قياسًا، ولكني أستحسِنُ قطعَه، ولو رَدَّ بعد القضاءِ: يُقطعُ، ولو أقرَّ بها ردَّها القاضِي إلى مالكِها وقطَعَه، ولو استهلكَه السَّارقُ بعدَ القطعِ ففي ضمَانها روايتان، وإن كانَ الهلاكُ والاستهلاكُ قبلَ قطعِ يدِه؛ فإن قال المالكُ: أنا أضمنُه؛ لا يُقطعُ، خلافَ الشافعيِّ، وإن اختارَ القطعَ: قُطعَ، ولو غصَبَه من السَّارقِ: لم يُقطَعْ فيه ويضمنُ الغاصبُ.

(م): ولو قُطعَ السارقُ، ثمَّ استهلَكَ السرقةَ غيرُه؛ لم يضمَنْ لأحدٍ، وكذا لو هلَكَ في يدِ المشترِي منه أو الموهُوبِ لهُ، ولو استهلَكَه فللمَالكِ تضمِينُه.

قال: (وَإِن ادَّعَى السَّارِقُ أَنَّ الْعَيْنَ الْمَسْرُوقَةَ مِلْكُهُ: سَقَطَ الْقَطْعُ عَنْهُ وَإِنْ لَمْ يُقِمْ بَيِّنَةً) لأنَّ دعواهُ أورثَتْ شُبهةً؛ لاحتمَالِ صدقِه.

❊ ❊ ❊

بابُ قَطْعِ الطَّرِيقِ

وَإِذَا خَرَجَ جَمَاعَةٌ مُمْتَنِعُونَ، أَوْ وَاحِدٌ يَقْدِرُ عَلَى الامْتِنَاعِ، فَقَصَدُوا قَطْعَ الطَّرِيقِ، فَأُخِذُوا قَبْلَ أَنْ يَأْخُذُوا مَالًا، وَلَا قَتَلُوا نَفْسًا: حَبَسَهُمُ الإِمَامُ حَتَّى يُحْدِثُوا تَوْبَةً، فَإِنْ أَخَذُوا مَالَ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ، وَالْمَأْخُوذُ إِذَا قُسِمَ عَلَى جَمَاعَتِهِمْ: أَصَابَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ فَصَاعِدًا، أَوْ مَا قِيمَتُهُ ذَلِكَ: قَطَعَ الْإِمَامُ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلَهُمْ مِنْ خِلَافٍ، وَإِنْ قَتَلُوا وَلَمْ يَأْخُذُوا مَالًا: قَتَلَهُمُ الْإِمَامُ حَدًّا، وَإِنْ عَفَا عَنْهُمُ الْأَوْلِيَاءُ: لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى عَفْوِهِمْ، وَإِنْ قَتَلُوا وَأَخَذُوا الْمَالَ: فَالْإِمَامُ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ قَطَعَ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلَهُمْ مِنْ خِلَافٍ وَقَتَلَهُمْ وَصَلَبَهُمْ، وَإِنْ شَاءَ قَتَلَهُمْ، يُصْلَبُ حيًّا ويُبْعَجُ بَطْنُه بِرُمْحٍ إِلَى أَنْ يَمُوتَ.

قال: (وَإِذَا خَرَجَ جَمَاعَةٌ مُمْتَنِعُونَ، أَوْ وَاحِدٌ يَقْدِرُ عَلَى الامْتِنَاعِ، فَقَصَدُوا قَطْعَ الطَّرِيقِ، فَأُخِذُوا قَبْلَ أَنْ يَأْخُذُوا مَالًا، وَلَا قَتَلُوا نَفْسًا: حَبَسَهُمُ الْإِمَامُ حَتَّى يُحْدِثُوا تَوْبَةً، فَإِنْ أَخَذُوا مَالَ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ، وَالْمَأْخُوذُ إِذَا قُسِمَ عَلَى جَمَاعَتِهِمْ: أَصَابَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ فَصَاعِدًا، أَوْ مَا قِيمَتُهُ ذَلِكَ: قَطَعَ الْإِمَامُ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلَهُمْ مِنْ خِلَافٍ، وَإِنْ قَتَلُوا وَلَمْ يَأْخُذُوا مَالًا: قَتَلَهُمُ الْإِمَامُ حَدًّا، وَإِنْ عَفَا عَنْهُمُ الْأَوْلِيَاءُ: لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى عَفْوِهِمْ، وَإِنْ قَتَلُوا وَأَخَذُوا الْمَالَ: فَالْإِمَامُ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ قَطَعَ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلَهُمْ مِنْ خِلَافٍ وَقَتَلَهُمْ وَصَلَبَهُمْ، وَإِنْ شَاءَ قَتَلَهُمْ) والأصلُ فيه قولُه تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ ...﴾ [المائدة: ٣٣] الآية، والمرادُ به ـ والله أعلمُ ـ: التوزيعُ على هذه الأحوالِ الأربعةِ المذكورةِ: أن يُقتَّلوا: إذا قتَلُوا ولم يأخُذوا المالَ، أو يُصلَّبوا: إذا قتَلُوا وأخذُوا المالَ، أو تُقطَّعَ أيدِيهم وأرجُلهم من خلافٍ: إذا أخَذُوا المالَ فحسْبُ، أو يُنفَوا من الأرضِ أو يُحبَسوا: إذا أُخِذُوا قبلَ أنْ يأخُذُوا مالًا ولا قتَلُوا نفسًا.

ولأنَّ الجناياتِ تتفاوَتُ بتفاوُتِ الأحوالِ، واللَّائقُ تغليظُ الحكمِ بتغلُّظِها[١]، وإنما يُحْبَسونَ في الأولى تطهيرًا للأرض عن فسادِهِم، ويُعزَّرونَ أيضًا لمباشَرَتِهم منكَرَ الإخافَةِ، وإنما شرَطَ القدرةَ على الامتناعِ؛ لأنَّ المحارَبةَ لا تتحقَّقُ إلا بالمنَعةِ، وشرَطَ[٢] النِّصابَ وعِصمةَ المالِ في الحالةِ الثانيةِ اعتبارًا للسَّرقةِ الكُبرى بالسرقة الصُّغرى، وتُقطعُ اليدُ اليُمنى والرِّجلُ اليُسرى حتى لا يفوتَ جِنسُ المنفعَةِ، ويُقتَلُ الكلُّ في الحالة الثالثةِ حدًّا، القاتلُ والمعينُ فيه سواءٌ، وإنما الشرطُ القتلُ من أحدِهم، وسواءٌ قتَلَه[٣] بسيفٍ أو حجَرٍ أو عصًا أو غيرِها، ويصير كالجماعةِ قتلُوا واحدًا، به قضى رسولُ الله ﷺ في أصحاب أبي بُردةَ[٤].

والتخييرُ في الحالة الرابعةِ: مذهبُ أبي حنيفةَ، وقالا: قتَلَهم أو صلَبَهم؛ لأنَّ الجنايةَ واحدةٌ؛ وهو قطعُ الطريقِ، فيُكتفى بجزاءٍ[٥] واحدٍ، وله: أنَّهم جمعُوا بين جنايةِ القتلِ والأخذِ، فللإمامِ أنْ يجمَعَ بين جزاءَين، وله أنْ يقتَصِرَ على القتلِ؛ لحصُولِ المقصُودِ به، وهذه جنايةٌ واحدةٌ لكنَّها مُغلَّظةٌ لعمومِ ضَررِها، فيتغلَّظُ جزاؤُها، وهو القطعُ والقتلُ.

قال: (يُصْلَبُ حيًّا ويُبْعَجُ بَطْنُه برُمْحٍ إِلَى أَنْ يَمُوتَ) تشهيرًا واستعجالًا لموتِه.

---

(١) في (ش) و(ف): «بتغليظها».

(٢) في (ش): «وشرطنا».

(٣) في (ف): «قتلهم».

(٤) رواه محمد بن الحسن في «الأصل» (٧/ ٢٢٧) عن ابن عباس رضي الله عنه بلفظ: «وادع رسول الله أبا بردة هلال بن عويمر الأسلمي ـ في بعض المصادر: أبا برزة ـ قال: فجاء أناس يريدون الإسلام، فقطع عليهم أصحابه، فنزل جبريل على رسول الله ﷺ بالحد فيهم: أن من قتل وأخذ المال قتل وصلب، ومن قتل ولم يأخذ المال قتل، ومن أخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف...». وفي سنده الكلبي متهم متروك.

(٥) في (ف): «بحد».

وَلَا يُصْلَبُ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ صَبِيٌّ، أَوْ مَجْنُونٌ، أَوْ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنَ الْمَقْطُوعِ عَلَيْهِ: سَقَطَ الْحَدُّ عَنِ الْبَاقِينَ وَصَارَ الْقَتْلُ لِلْأَوْلِيَاءِ: إِنْ شَاؤُوا قَتَلُوا، وَإِنْ شَاؤُوا عَفَوْا.

وَإِذَا بَاشَرَ الْفِعْلَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ: أُجْرِيَ الْحَدُّ عَلَى جَمَاعَتِهِمْ.

قال: (**وَلَا يُصْلَبُ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ**) تَوَقِّيًا عن تأذِّي الناس، ثم ذكَرَ في «الكتاب» التخييرَ بين الصلبِ وتركِه، وعن أبي يوسُفَ: لا يُتركُ الصَّلبُ؛ لأنَّه منصوصٌ عليه، ولأنَّ المقصودَ به التشهيرُ ليعتبَرَ به غيرُه، ولهما: أنَّ التشهيرَ يحصُلُ بالقتلِ والقطعِ، والصَّلبُ حيًّا ظاهرُ المذهبِ، وعن الطحاويِّ: أنَّه يُقتَلُ ثم يُصلَبُ، وعن أبي يوسُفَ: أنَّه يُتركُ على الخشَبةِ حتى ينقطِعَ فيسقُطَ.

(هـ)[1]: وإذا قُتِلُوا فلا ضمَانَ عليهم فيما أخذُوا من الأموالِ كما في السَّرقةِ الصُّغرى.

قلتُ: ذكر الأحوالَ فيه وفي «الهداية» أربعةً، وهي سبعةٌ: الأربعةُ التي مرَّتْ، والحالةُ الخامسةُ: أنَّهم خرَجُوا ولم يأخُذوا مالًا ولا قتَلُوا نفسًا، فيُقتَصُّ منهم فيما فيه القِصاصُ، ويجِبُ الأَرشُ فيما فيه الأرشُ.

والسَّادسةُ: أخذُوا المالَ وجرَحُوا: تُقطَعُ أيديهِم وأرجُلهم من خلافٍ، وتبطُلُ الجراحاتُ؛ لأنَّه لمَّا وجَبَ الحدُّ سقطَتْ عِصْمةُ النفوسِ، بخلافِ الحالةِ الخامسَةِ؛ لأنَّه لمَّا لم يجِبِ الحدُّ ظهرَتْ حقوقُ العبادِ.

والسَّابعةُ: أنْ يؤخَذُوا بعدَما تابُوا وقد قتَلُوا عمدًا، فإنْ شاءَ الأولياءُ قتَلُوا

---

(١) انظر: «الهداية» (٢/ ٣٧٦).

القاتـلَ، وإنْ شـاؤوا عفـوا عنـه؛ لأنَّ الحـدَّ لا يُقـامُ فيـه بعـدَ التوبـةِ، فظهرَ حـقُّ العبدِ فـي النفسِ والمـالِ جميعًا.

قال: (**فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ صَبِيٌّ، أَوْ مَجْنُونٌ، أَوْ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِن الْمَقْطُوعِ عَلَيْهِ: سَقَطَ الْحَدُّ عَنِ الْبَاقِينَ وَصَارَ الْقَتْلُ لِلْأَوْلِيَاءِ: إنْ شَاؤوا قَتَلُوا، وَإِنْ شَاؤوا عَفَوْا**) وعن أبي يوسُفَ: أنَّه لو باشَرَ العقلاء يُحدُّ الباقون تبعًا، وعلى هذا في السَّرقةِ الصُّغرى؛ لأنَّ المباشِرَ أصلٌ والردَّ تبَعٌ، والخللَ في التَّبعِ لا يورِثُ الشُّبهةَ، وفي عكسِه ينعكِسُ الحكمُ والمعنى، وهما أنَّه جنايةٌ واحدةٌ قامَتْ بالكلِّ، فإذا لم يكُنْ فعلُ بعضِهم موجِبًا لا يكونُ فعلُ الباقين موجبًا؛ لأنَّه بعضُ العلَّة، وأمَّا ذو الرحِمِ المحرَمِ فقد قيل: تأويلُه إذا كان المالُ مشترَكًا بين المقطوعِ عليهم، والأصحُّ أنَّه مطلَقٌ؛ لأنَّ الجنايةَ واحدةٌ، فالامتناعُ في حقِّ البعضِ: يوجِبُ الامتناعَ في حقِّ الباقين، بخلافِ ما إذا كانَ فيهم مُستأمَنٌ؛ لأنَّ الامتناعَ في حقِّه لخللٍ في العِصْمةِ وهو يخُصُّه، والامتناعُ هنا لخلَلٍ في الحِرزِ، والقافِلةُ حِرزٌ واحدٌ، وإذا سقط الحدُّ صار القتلُ إلى الأولياءِ على ما بيَّنَّاه.

قال: (**وَإِذَا بَاشَرَ الْفِعْلَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ: أُجْرِيَ الْحَدُّ عَلَى جَمَاعَتِهِمْ**) لأنَّ القتل جزاءُ المحارَبةِ، وهي لا تتحقَّقُ إلا بأن يكونَ بعضُهم رِدْءًا للبعض، حتى إذا زلَّتْ أقدامُهم انحازوا إليهم، فيصيرُ الكلُّ محاربينَ، فيجري الحدُّ عليهم.

ولـو قطَـعَ بعـضُ القافلـةِ الطريـقَ علـى البعـضِ: لـم يجِـبِ الحـدُّ؛ لأنَّ القافلةَ حِـرزٌ واحدٌ.

(**شط**): قومٌ خرجُوا للقَطعِ: فعلى الناسِ قتالُهم دفعًا عن أنفُسِ أهل الدار وأموالِهم، وإنما يلزمُهم حُكمُ القطَّاعِ إذا قطعُوا في مَفازةٍ بينها وبين العُمرانِ مسيرةُ سفَرٍ، وعن أبي يوسُفَ: مسيرةُ سفَرٍ ليس بشرطٍ، حتى لو كابَرَ ليلًا في المِصر: فله حكمُ القطعِ عندَه، وجملتُه أنَّ مَن دخل بيتَ إنسانٍ فكابَرَه وأخذَ مالَه: فهو سرقةٌ، وإن كانَ

في طَرِيقِ المفازَة: فقطعٌ، وإن كان في[1] الأمصارِ أو القرى بخفْيةٍ: فسرقةٌ، والمكابرةُ إن كان ليلًا: فكذلك، وإن كانَ نهارًا: لا يُقطعُ، وعن أبي يوسُفَ: يُقطعُ، وإن أخذه نهارًا مكابَرةً في السوق: يُقطَعُ، ولا يثبُتُ حُكمُ القطعِ في المصرِ، ولا في القريةِ، ولا بين الحيرةِ والكوفةِ، ولا بين قريتَين؛ لأنَّ الغوثَ يلحَقُهم: فلا ينقطعُ به المارةُ، ويؤخَذونَ بردِّ المالِ القائمِ وضمانِ الهالِكِ، ويؤدَّبون ويُحبَسون حتى يُحدِثُوا توبةً، ولا يثبُتُ أيضًا في دارِ الحربِ، ولا في دارِ النفي[2]، ولا على المستأمَنين، وعن محمدٍ: لو قطَعوا بين قريتَين في موضعٍ لم يسمَعْ أهلُهما الصَّوت ولا أهلُ أحدِهما: يثبُتُ حكمُ القطعِ.

ولا تصلَبُ المرأةُ، ولو كان في القطَّاعِ امرأةٌ لا حدَّ، وهل يقطَعُ الرجالُ دونَها؟ فيه روايتان، ولو دخلَ عليه رجلٌ شاهرٌ سيفَه ولا يدري أنَّه لصٌّ أو هاربٌ، فإنْ غلبَ على ظنِّه أنَّه لصٌّ قصَدَ قتلَه أو مالَه ويقتُلُه لو لم يبادِرْه: فله قتلُه، وإلَّا: فلا، ولو قال المشهودُ عليه: قتلتُه لأنَّه قصَدَ قتلي أو أخْذَ مالي؛ فإن كان المقتولُ معروفًا بذلك تجِبُ الديَةُ في ماله، وإلا: فالقِصاصُ، إلا أن يقيمَ البيِّنةَ على ما يدَّعي.

ولو شهرَ سلاحًا ليلًا أو نهارًا في مصرٍ أو غيرِه، فخافَ على نفسِه فقتَلَه: لا شيءَ عليه؛ لأنَّه لا يلحقُه الغَوْثُ؛ لأنَّه لا يلبَثُ، وكذا لو كان في غيرِ مصرٍ أو مصرٍ ليلًا بآلةٍ تلبَثُ، وإن كانَ ذلك في مصرٍ نهارًا لا يقتلُه؛ لأنَّه يلحَقُه الغَوثُ، ولو قتله يؤخَذُ بموجبِه، ولو شدَّ عليه بيدِه لا يحِلُّ قتلُه بحالٍ؛ لأنَّها ليست بآلة الحربِ، ولو ضرَبَه بسيفٍ فلم يقتُلْه وانصرَفَ ولم يقصِدْ ضربةً أخرى، فقتَلَه المشهورُ عليه: يؤخَذُ به، ولو قصدَ: لا شيءَ عليه؛ لأنَّه محاربٌ، ولو شهَرَ على المسلمين سيفًا: فعليهم أن يقتُلوه، ولا شيءَ عليهم؛ لأنَّه محاربٌ.

---

(١) في (ش): «في طرق».

(٢) في (ش): «البغي».

ولو أخرجَ السرقةَ ليلًا، فاتَّبعَه صاحبُه فقتَلَه: لا شيءَ عليه؛ لقوله عليه السَّلامُ: «قاتِلْ دونَ مالِك وأنت شهيدٌ»[١]، وهذا إذا لم يمكِنْه استنقاذُ المالِ من يدِه إلا بالقتلِ، وإن أمكَنَ فقتَلَه: يؤخَذُ به كقتلِ الغاصب.

(شط م): للمدخولِ عليه أن يقتُلَه إذا خافَ أن لا يقوى عليه إذا أخذَه بيده، أو يقوى إلا أنَّه يخافُ رمْيَه وقتلَه أو تقويَتَه[٢] بمالِه، وعن أبي حنيفةَ: لو أدركتَ اللصَّ ينقُبُ عليك: فاقتُلْه، ولا تحذِّرْه، وقال أبو يوسُفَ: حذِّرْه، فإن ذهَبَ وإلا: فارمِه، وإن دخلَ عليك فخِفتَ أن يبدأك بضَربةٍ، أو خِفتَ أن يكونَ معه شيءٌ يرميك وهو ينقُبُ: فارمِه ولا تحذِّرْه، وعن محمدٍ: لو رأى رجلًا ينقُبُ بيتَه أو بيتَ مسلمٍ أو معاهدٍ يسرقُ مالًا، فنادَاه فلم يترُكْه: فله أن يقتُلَه، وروي عنه: لا يقتُلُه؛ لأنَّ النقبَ ليس بأخذِ المالِ، ولو رآه يسرِقُ مالًا، فناداهُ فلم ينتَهِ: جازَ له أن يرميَه.

(نه): اطَّلعَ على حائطٍ عليه ملاءةٌ، فخاف صاحِبُها أنَّه لو صاحَ به يأخُذُها ويهرُبُ: فله أن يرميَه إذا ساوت عشَرةَ دراهمَ، قال أبو الليث: وأصحابُنا لم يقدِّروا بشيءٍ بل أطلقوا الرميَ.

(م): ولو عرَضَ[٣] أحدٌ مالَه في الصحراء فليُقاتِل عنه، ولا يقتُلْه إذا كان أقلَّ من عشَرةٍ، وإلا: فيقتُلُه، وفي «الصغرى»: التعريضُ[٤] للدفعِ بالقتالِ مع إمكانِ

(١) رواه النسائي (٤٠٨١)، وابن قانع في «معجم الصحابة» (٣/ ١٣٣)، والطبراني في «الكبير» (٢٠/ ٣١٣) (٧٤٦) من حديث قابوس بن مخارق عن أبيه رضي الله عنه.

ورواه البخاري في «التاريخ الكبير» (٨٧٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) في (ش): «يفوته».

(٣) في (ش): «تعرض».

(٤) في (ش): «التعرض».

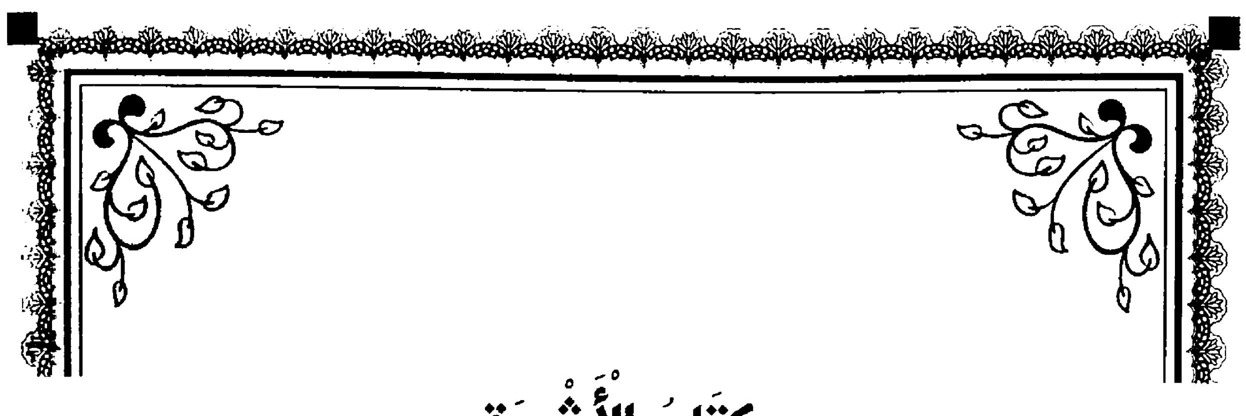
الدفعِ بالمالِ حرامٌ، ولو كان مع رفيقِه ماءٌ كثيرٌ وأبى أن يَسقيَه: حلَّ له مقاتلَته بغيرِ سلاحٍ، وفي الطعام إذا خافَ الهلاكَ: لا يقاتِلُه؛ لأنَّ الماءَ في الأصلِ مباحٌ دونَ الطعامِ، فإن كان للعامَّة: يقاتِلُه بسلاحٍ.

عن عمر رضيَ الله عنه[1]: صبيٌّ أو مجنونٌ شهَرَ سيفًا على رجلٍ، فقتَلَه المشهورُ عليه عمدًا: فعليه الديةُ في ماله؛ لأنَّه لم تسقُطْ عصمتُه كالبعيرِ الصائل، وعن أبي يوسُفَ: لا يضمنُ في كلِّها كالعبدِ الصائلِ، وبه الشافعيُّ[2]، والله أعلم بالصواب.

* * *

(١) كذا في الأصول، وأخاف أن يكون في الأمر سهو ما فالكلام بعد البحث لم أقف عليه، بل لم ينسبه أحد لسيدنا عمر مع ذكره في كثير من كتب المذهب، فالله أعلم.

(٢) في المسألة قولان. انظر: «الحاوي الكبير» (١٢/ ٣١٩).



كِتَابُ الْأَشْرِبَةِ

الْأَشْرِبَةُ الْمُحَرَّمَةُ أَرْبَعَةٌ: الْخَمْرُ، وَهُوَ عَصِيرُ الْعِنَبِ إِذَا غَلَى وَاشْتَدَّ وَقَذَفَ بِالزَّبَدِ، وَالْعَصِيرُ إِذَا طُبِخَ حَتَّى ذَهَبَ أَقَلُّ مِنْ ثُلُثَيْهِ، وَنَبِيذُ التَّمْرِ وَالزَّبِيبِ إِذَا طُبِخَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَدْنَى طَبْخَةٍ: حَلَالٌ، وَإِنِ اشْتَدَّ إِذَا شرِبَ مِنْهُ مَا يَغْلِبُ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّهُ لَا يُسْكِرُهُ مِنْ غَيْرِ لَهْوٍ وَلَا طَرَبٍ، وَلَا بَأْسَ بِالْخَلِيطَيْنِ.

قال: (**الْأَشْرِبَةُ الْمُحَرَّمَةُ أَرْبَعَةٌ: الْخَمْرُ، وَهُوَ عَصِيرُ الْعِنَبِ إِذَا غَلَى وَاشْتَدَّ وَقَذَفَ بِالزَّبَدِ، وَالْعَصِيرُ إِذَا طُبِخَ حَتَّى ذَهَبَ أَقَلُّ مِنْ ثُلُثَيْهِ**) اعلمْ أنَّ الأصلَ في الأشياءِ كلِّها سوى الفُروجِ الإباحةُ، قال تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩]، وقال تعالى: ﴿كُلُوا۟ مِمَّا فِى ٱلْأَرْضِ حَلَٰلًا طَيِّبًا﴾ [البقرة: ١٦٨].

(**كه**): وإنما تثبُتُ الحرمةُ لعارضِ نصٍّ متلوٍّ أو خبرٍ مرويٍّ، فما لم يوجَدْ شيءٌ من الدلائلِ المحرِّمةِ فهي على الإباحَةِ، وقد دلَّ كتابُ الله تعالى على حرمةِ الخمرِ حيثُ قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ...﴾ [المائدة: ٩٠]، الآيتان، وفيهما عشرُ دلائلَ على حُرمةِ الخمر:

أحدُها: سَلْكُها[1] في قرنِ الأنصابِ والأوثانِ التي هي محرَّمةٌ عندَ كافةِ أهلِ الإيمانِ، **وثانيها**: تسميتُها رِجْسًا، **وثالثُها**: عدُّها من عملِ الشيطانِ، **ورابعُها**: الأمرُ بالاجتنابِ بقوله

---

(١) في (ش): «ما سلكها».

تعالى: ﴿فَٱجْتَنِبُوهُ﴾، وخامسُها: تعليقُ الفَلاحِ باجتنابِها بقوله تعالى: ﴿لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾، وسادسُها: إرادةُ الشيطان إيقاعَ العداوةِ بها، وسابعُها: إيقاعُ البغضاء بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ ٱلشَّيْطَٰنُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ ٱلْعَدَٰوَةَ وَٱلْبَغْضَآءَ فِى ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ﴾، المحرَّمتَين عقلًا وشرعًا، وثامنُها: الصدُّ عن ذكرِ اللهِ تعالى الواجبِ عقلًا وشَرْعًا، وتاسعُها: الصدُّ عن الصلاة التي هي عِمادُ الدينِ بقوله تعالى: ﴿وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ ٱللَّهِ وَعَنِ ٱلصَّلَوٰةِ﴾، وعاشرُها: النهيُ البليغُ بصيغة الاستفهامِ المؤذِنِ بالتهديدِ الشديدِ بقوله تعالى: ﴿فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ﴾.

وقد نصَّ وصرَّحَ بتحريم الخمرِ في قوله تعالى: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّىَ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَٱلْإِثْمَ﴾ [الأعراف: ٣٣] والإثمُ هو: الخمرُ، دلَّ عليه قولُ قائلهم[1]:

شربتُ الإثمَ حتَّى ضلَّ عَقلِي ... كذاكَ الإثمُ يذهَبُ بالعُقولِ

وقال الآخرُ[2]:

إنِّي[3] شربتُ الإثمَ في حانوتِها ... صهْباءَ صافيةً كطَعمِ الفُلفُلِ

وأرادَ به الخمرَ، فإن قلتَ: الإثمُ كما يستعمَلُ للخمرِ يستعمَلُ للذنبِ، وهو الأغلبُ.

قلتُ: لكن إرادةُ الذَّنبِ منه وسيطُ الإجمالِ[4] بعد التفصيلِ في الطرفَينِ، وفيه من الشناعة ما يُنبئُ عنها أفصحُ الكلامِ وأبلَغُه، فتعيَّنَ إرادةُ الخمرِ منه، وقال النبيُّ عليه

---

(١) ذكره ابن الأنباري في «الزاهر» (٢/ ٢١)، والأزهري في «تهذيب اللغة» (١٥/ ١١٧)، والجوهري في «المنتخب» (١/ ٢٩)، وابن فارس في «مقاييس اللغة» (١/ ٦١) بدون نسبته لأحد.

(٢) القائل: حسان بن ثابت، انظر: «ديوانه» (ص: ١٨٥).

(٣) في (ش): «ولقد».

(٤) في (ش): «بعد الإجمال».

السَّلامُ: «حُرِّمَتِ الخمرُ لعينِها، قليلُها وكثيرُها، والسُّكرُ من كلِّ شرابٍ»[1] والحديثُ يشملُ الأشربةَ الأربعةَ المذكورةَ.

والأربعةُ المذكورةُ في الكتاب: **أحدُها**: الخمرُ، **والثاني**: العصيرُ إذا طُبِخَ حتى ذهبَ أقلُّ من ثُلثَيه، **والثالثُ**: نقيعُ التَّمر، **والرابعُ**: نقيعُ الزَّبيبِ، وقيل: سُمِّيَ الخمرُ خمرًا؛ لأنَّها تخامِرُ العقلَ، وقيل: من التخميرِ، وهي: التغطيةُ؛ لأنَّها تغطِّي العقلَ، وقيل: من تخميرِها في الإناءِ، فيقال: خمَّرتُ اللبنَ والعَجينَ تَخميرًا، والغلَيانُ: أن يصيرَ أسفَلُه أعلاه، وقذْفُ الزَّبَدِ: أن لا يبقَى فيه زبَدٌ حتى يصفُوَ أو يرِقَّ، ثم اعلم أنَّه لا بدَّ من معرفةِ أسامِي الأشرِبةِ المحرَّمةِ لمعانيها ومعرفةِ أصولِها وأحكامِها.

(تح)[2]: أمَّا الأسامي فثمانيةٌ: الخمرُ، والسُّكرُ، ونَقيعُ الزبيبِ، ونبيذُ التَّمرِ، والفَضيخُ، والباذِقُ، والطِّلاءُ، والجُمهُوريُّ، ويُسمَّى: (أبو يوسُفَ).

أمَّا الخمرُ فهو النِّيءُ من ماء العنَبِ إذا غلى واشتدَّ وقذفَ بالزبَدِ وسكَنَ الغلَيانُ وصارَ صافيًا، وهذا عند أبي حنيفةَ، وقالا: إذا غلى واشتدَّ فهو خمرٌ وإن لم يسكُنْ غلَيانُه.

وأمَّا السَّكَرُ فهو النِّيءُ من ماءِ الرُّطَب بعدما غلى واشتدَّ وقذفَ بالزَّبدِ عندَه، وعندهما: إذا غلى وإن لم يسكُنْ غلَيانُه.

وأمَّا نَقيعُ الزبيبِ فهو الزبيبُ إذا نُقعَ في الماءِ حتى خرجَتْ حلاوتُه إلى الماءِ من غير طَبخٍ.

وأمَّا نبيذُ التمر فيقعُ على الماءِ الذي أُنقعَ فيه التمرُ، فخرجَتْ حلاوتُه ثم اشتدَّ وغلى وقذفَ بالزبَدِ، فهذا الاسمُ يقعُ على المطبوخ والنِّيءِ منه.

---

(١) تقدَّم تخريجه.

(٢) انظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٣٢٥).

قلتُ: خُصَّ النبيذُ بمنقوعِ التمرِ، وشُرطَ فيه الغلَيانُ، وفي «الواقعات الكبرى»: شُرطَ الطبخُ فيه أدنى طبخِه دونَ الغلَيان، والمذكورُ في أعمِّ الكتبِ وشُروحِ «الجامع الصَّغير»: أنَّ النبيذَ ما يُنبَذُ فيه تمرٌ ونحوُه، ويُترَكُ حتى تخرُجَ حلاوتُه.

(**قب**): النبيذُ: النِّيءُ من ماءِ التمر أو البُسْرِ المذنِّبِ إذا طُبخَ أدنى طبخِه، ثم قال في (**تح**): وأمَّا الفَضيخُ: فهو البُسرُ إذا خرَجَ منه الماءُ وغلى واشتدَّ وقذفَ بالزَّبدِ، والباذِقُ: اسمٌ لِما طُبخَ من ماء العِنبِ حتى ذهبَ أقلُّ من ثُلثيه وغلى واشتدَّ[1]، والطِّلاءُ: اسمٌ للمثلَّثِ، وهو الذي طُبخَ من ماءِ العِنبِ حتى ذهبَ ثُلثاه وصارَ مُسكِرًا، والجُمهوريُّ: الطِّلاءُ الذي يُلقى فيه الماءُ حتى يرِقَّ ويعودَ إلى المقدارِ الذي كان في الأصلِ، ثم يُطبخَ أدنى طبخِه وصار مُسكِرًا.

وأمَّا الأصولُ التي يتَّخذُ منها المسكِرُ[2] (**شط**): فأنواعٌ كثيرةٌ: العنبُ، والزبيبُ، والتمرُ، وسائرُ الثمار والحبوب والحلاوات والألبان.

فالمتَّخَذُ من العنبِ خمسةُ أنواعٍ:

أحدُها: الخمرُ، وذُكرَ حدُّها كما مرَّ، ثم قال: وأجمَعُوا أنَّه لا يُحدُّ شاربُها قبل قذْفِ الزبَدِ ما لم يسكرْ، ثم إذا غلى واشتدَّ يحرُمُ قطعًا ويفسُقُ شاربُها، ويُحدُّ بشُربِ قطْرةٍ منها، ويكفُرُ مستحِلُّها، ولا يجوزُ بيعُها، ولا يضمَنُ مُتلِفُها، وفي ماليَّتِها اختلافٌ، ونجاستُها غليظةٌ بإجماعِ الأمَّة، ولا تُسقَى الدوابَّ، ولا تُجعلُ في دواءٍ ولا في طعامٍ، ولا في ريحانٍ ولا دُهنٍ، ولا يُداوى بها جَريحٌ، ولا يُتمشَّطُ[3] بها، ولا يُدلَكُ ولا يُنتفَع بها، إلا إذا خافَ العطَشَ المهلِكَ: فلا بأسَ بشُربِها ما يرُدُّ عطَشَه، فلو سكِرَ بذلك: لا

---

(١) في (ف) زيادة: «وقذف بالزبد».

(٢) في (ف): «الأشربة المسكرة».

(٣) في (ش): «يمتشط»، وفي (ف): «يمشط».

يُحدُّ؛ لأنَّه حلالٌ في هذه الحالةِ، فلو زادَ على قَدْرِ الحاجةِ فسكِرَ حُدَّ، وكذا لو رَوِيَ ثم شَرِبَ: حُدَّ، وكذا دُرْدِيُّ الخمرِ[1] يحرُمُ شربُه والامتشاطُ به، ولا يُحدُّ إن لم يُسكِرْ لغلَبَةِ غيرِها بها، وقال الشافعيُّ[2]: يُحدُّ لوجود جُزءِ الخمرِ فيه، ولو شرب ماءً فيه خمرٌ يُحدُّ عند الدَّقاقِ، وعند الكَرْخيِّ: العِبرةُ للطَّعمِ، وفي حلِّ الخمرِ وطَهارتِها يُصبُّ خلٌّ أو مري فيها الاعتبارُ بالغالبِ.

(شس): لو صَبَّ فيها سكَّرًا أو فانيذَ[3] حتى صار حُلوًا حلَّ، ويحِلُّ بزوالِ المرارةِ، وعندَهما: بقليلِ الحُموضةِ، والطبخُ لا يُحِلُّ الخمرَ حتى لو شربَ يُحدُّ. (شب): لا، إذا ذهبَ ثُلُثاه.

والثاني: البـاذِقُ: وهـو ما طُبِخَ أدنـى طبخِـه إذا غلى واشـتدَّ وقذفَ بالزبَـدِ، وهو نجِسٌ حـرامٌ، وقـال أصحـابُ الظواهر: حـلالٌ[4]، ولكـنْ معَ حرمتِـه عندنـا: لا يكفُرُ مسـتحِلُّه ولا يفسُـقُ شـاربُه، ولكـن يُضلَّـلُ، ولا يُحـدُّ حتـى يسـكَرَ، وعـن الفضْليِّ أن نجاسـتَه حقيقيـةٌ: ويجـوزُ بيعُه، ويضمَـنُ متلِفُـه، وعند محمدٍ: نجاسَـتُه غليظـةٌ، وعن أبـي حنيفةَ: حُكمُـه حكـمُ المثلَّثِ.

والثالثُ: المُنَصَّفُ، وهو ما ذهبَ نصفُه بالطبخِ، فحُكمُه حكمُ الباذقِ، وعن أبي يوسُفَ: يحِلُّ شُربُه؛ لأنَّه ذهبَ أكثرُ ثُلُثَيه، وكذا لو كانَ الذاهبُ أكثرَ من النصفِ وأقلَّ من الثُّلثَين فحُكمُه حكمُ البَاذقِ، وعنه: حُكمُه حُكمُ المثلَّث.

---

(١) الدُرْدِيُّ: الخَمِيرَةُ التي تُترَكُ على العصيرِ والنَّبيذِ ليتخمَّرَ، وأصله ما يركُدُ في أسفل كلِّ مائع كالأشربة والأدهان. انظر: «لسان العرب» (٣/ ١٦٦).

(٢) انظر: «روضة الطالبين» (١٠/ ١٦٩).

(٣) ضربٌ من الحلواءِ، فارسيٌّ معرَّبٌ. انظر: «لسان العرب» (٣/ ٥٠٣).

(٤) في (ف): «طاهر حلال».

والرابعُ: المثلَّثُ، وهو الَّذي ذهبَ ثُلثاه بالطَّبخِ، فما دام حُلوًا فهو طاهرٌ يحِلُّ شُربُه، وإن غلى واشتدَّ فكذلك؛ لاستمراءِ الطعامِ والتقوِّي والتداوِي دونَ التَّلهِّي، ولا يحِلُّ منه السُّكرُ، حتى لو سكِرَ: يُحدُّ، وقال محمَّدٌ: هو حرامٌ نجسٌ يُحدُّ في قليلِه، ثمَّ رجَعَ وقال: يحِلُّ شُربُه، وكذا لو شُمِّسَ حتى ذهبَ ثُلُثاه.

والخامس: البُخْتُجُ، وهو أن يُصبَّ الماءُ على المثلَّثِ، ويُطبخَ أدنى طبخِه، ثم يُتركَ حتى يغليَ ويشتدَّ ويقذفَ بالزبَدِ، وهو حلالٌ عندهما كالمثلَّث، بل أَولى؛ لأنَّه أقلُّ إسكارًا، فإن صُبَّ الماءُ فيه قبلَ الطبخِ، وطُبخَ حتى ذهبَ ثُلُثاه، وغلى واشتدَّ وقذفَ بالزبَدِ؛ قيل: يحِلُّ عندهما؛ لأنَّه مثلَّثٌ، وقيل: يحرُمُ؛ لأنَّ النارَ تذهَبُ بالماءِ[1]، فلم يذهَبْ ثُلثا العصيرِ، ولو طُبخَ العصيرُ وتُرك قبلَ أن يذهَبَ ثُلثاه، ثمَّ أُعيدَ إلى النارِ فطُبخَ حتى تمَّ الثُّلثان، فعَن أبي يوسُفَ: أنَّه لا خيرَ فيه، وعن محمَّدٍ: لا بأسَ به، وقيل: يحِلُّ إذا أُعيدَ قبلَ أن يشتَدَّ ويقذِفَ، وإلَّا: فلا.

قلتُ: وذكَرَ أنواعَ ما يتَّخَذُ من العنَبِ في (قب) ستةً؛ هذه الخمسةَ، والحَميدِي والجُمْهُوري، وذكرَ تفسيرَهما كتفسيرِ البُخْتُجِ، وقال: وتُسمَّى هذه: (أبو يوسُفَ)؛ لأنَّ أبا يوسُفَ كثيرًا ما يستعمِلُ هذا، وقيل: سمِّيَ به لأنَّه اتخذَه لهارونَ الرشيد.

(**شط**): المتخَذُ من الزبيبِ إذا غلى واشتدَّ وقذَفَ كالباذِقِ، ولو طُبخَ أدنى طبخِه فكالمثلَّث، وعنهما: لا يحِلُّ ما لم يذهَبْ ثُلثاهُ.

والمتخَذُ من التَّمرِ ثلاثةٌ: **أحدُها**: السُّكرُ، وهو النِّيءُ من ماءِ التمرِ إذا غلى واشتدَّ وقذفَ بالزبَدِ، وهو كالباذِقِ، **والثاني**: المطبوخُ أدنى طبخِه، وهو كالمثلَّث، **والثالثُ**: الفَضيخُ، وهو أن يُجعلَ التمرُ في إناءٍ، ثم يُصبَّ عليه الماءُ الحارُّ فتخرُجَ حلاوتُه، ثم يغلي ويشتدَّ، وهو كالباذِقِ، فإن طُبخَ أدنى طبخِه فكالمثلَّث، والمتخَذُ

---

(١) في (ش): «أولًا».

من الحبوبِ والحلاواتِ كالسُّكَّرِ والفانيذِ والتوتِ والعسَلِ ودِبْسِ الرُّطَبِ، وأمَّا ألبانُ الإبلِ والرِّماكِ[1] إذا غلى واشتدَّ يحِلُّ شربُه إذا كان طُبخَ أدنى طبخِه بلا سُكَّرٍ، ولا روايةَ فيه عن محمدٍ، وقيل: يحِلُّ عندَهما دونَ السُّكْرِ، وقيل: لا، وعنه: أكرَهُه، فإن لم يُطبَخْ فعنهما[2] روايتان، وقال محمدٌ: لا يحِلُّ، وقال مرةً: يُكرَهُ هذا ما لم يُسكِرْ، وأمَّا المسكِرُ منه فحرامٌ، وفي الحدِّ به: اختلافُ المشايخ، وقيل: يُحدُّ عند محمدٍ ويقعُ طلاقُه خلافَهما، ونفاذُ تصرُّفاتِه على حسَبِ الاختلافِ في إيجاب الحدِّ.

(جش): لا بأسَ بنبيذ الفواكِه، وقال محمدٌ: أكرهُ ذلك إذا غلى، ولا يُحدُّ في السُّكرِ بلبنِ الرِّماكِ في قولِهم، ولا تنفُذُ تصرُّفاتُه، وعن الفقيه أبي جعفرٍ: السُّكرُ من البَنجِ ولبنِ الرِّماكِ: حرامٌ، ولا يُحدُّ، وأمَّا أحكامُها فقد مرَّتْ في أثناءِ بيانِ أنواعِها على وجهِ الاستقصَاءِ.

قال: (**وَنَبِيذُ التَّمْرِ وَالزَّبِيبِ إِذَا طُبِخَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَدْنَى طَبْخَةٍ: حَلَالٌ، وَإِنِ اشْتَدَّ إِذَا شرِبَ مِنْهُ مَا يَغْلِبُ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّهُ لَا يُسْكِرُهُ مِنْ غَيْرِ لَهْوٍ وَلَا طَرَبٍ**) لِما ذكَرْنا أنَّ الأصلَ في الأشياءِ الإباحَةُ، وإليه وقعَتِ الإشارةُ بقوله عليه السَّلامُ في النبيذِ ليلةَ الجنِّ: «ثمرةٌ طيِّبةٌ وماءٌ طَهورٌ»[3].

(قب): روي عن أبي حنيفةَ فيما سوى الخمرِ من الأشربِةِ المسكِرةِ: القدَحُ المسكِرُ هو الحرامُ، وقال أبو يوسُفَ: إن قعَدَ لطلبِ السُّكرِ فالأولُ حرامٌ، وإلا: فلا بأسَ به، وإنْ أرادَ الإكثارَ دونَ السُّكرِ فقد أساءَ في قُعودِه.

---

(١) الرَّمكة: الفرسُ. انظر: «المغرب» (١٩٨).

(٢) في (ش): «ففيها»، وفي (ف): «ففيهما».

(٣) رواه أبو داود (٨٤)، وابن ماجه (٣٨٤)، وأبو يعلى في «معجمه» (٢٧)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٦٣) من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.

قال: (وَلَا بَأْسَ بِالْخَلِيطَيْنِ) لما مرَّ في «دُررِ الفقه»: الخليطَانِ: ما يؤخَذُ من العِنْبِ والتَّمرِ أو الزَّبيبِ والعنبِ، وطُبِخَ أدنى طبْخِه، وفي العُرَنِيِّين: أو التَّمرِ أو البُسرِ إذا خُلِطا.

وَنَبِيذُ الْعَسَلِ وَالتِّينِ وَالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالذُّرَةِ: حَلَالٌ وَإِنْ لَمْ يُطْبَخْ، وَعَصِيرُ الْعِنَبِ إِذَا طُبِخَ حَتَّى ذَهَبَ مِنْهُ ثُلُثَاه وَبَقِيَ ثُلُثُهُ: حَلَالٌ وَإِن اشْتَدَّ، وَلَا بَأْسَ بِالانْتِبَاذِ فِي: الدُّبَّاءِ، وَالْحَنْتَمِ، وَالْمُزَفَّتِ.

وَإِذَا تَخَلَّلَتِ الْخَمْرُ: حَلَّتْ، سَوَاءٌ صَارَتْ خَلًّا بِنَفْسِهَا أَوْ بِشَيْءٍ طُرِحَ فِيهَا، وَلَا يُكْرَهُ تَخْلِيلُهَا.

قال: (وَنَبِيذُ الْعَسَلِ وَالتِّينِ وَالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالذُّرَةِ: حَلَالٌ وَإِنْ لَمْ يُطْبَخْ) لما مرَّ أنَّ الأصلَ في الأشياءِ الإباحةُ.

قال: (وَعَصِيرُ الْعِنَبِ إِذَا طُبِخَ حَتَّى ذَهَبَ مِنْهُ ثُلُثَاهُ وَبَقِيَ ثُلُثُهُ: حَلَالٌ وَإِن اشْتَدَّ) للأصلِ، ولحديثِ عمرَ رضي الله عنه موقوفًا ومرفوعًا فيه: «أنَّ النارَ ذهبَتْ بنصيبِ الشَّيطانِ»[1]، وتحقيقُه ما ذُكرَ في «العرائس» في قصَّة آدمَ عليه السَّلامُ، وفيه كلامٌ طويلٌ لا يَليقُ بهذا الموجَزِ وفروعِه، وأقوالُ المجتهِدين فيه قد مرَّتْ على وجهِ الاستقصَاءِ.

قال: (وَلَا بَأْسَ بِالانْتِبَاذِ فِي: الدُّبَّاءِ، وَالْحَنْتَمِ، وَالْمُزَفَّتِ) لقوله عليه السَّلامُ: «الوعاءُ لا يحرِّمُ شيئًا ولا يحلِّلُه»[2]، ولأنَّه لا أثرَ للأوعيةِ في التَّحريمِ، والدُّبَّاء: القَرْعةُ،

---

(١) لم أقف عليه.

(٢) رواه ابن ماجه (٣٤٠٦)، وابن حبان (٥٤٠٩)، والحاكم في «المستدرك» (١٣٨٧)، وعبد الرزاق في «مصنفه» (٦٧١٤)، والشاشي في «المسند» (٣٩٧)، والأزرقي في «أخبار مكة» (٢/ ٢١٠) من حديث ابن مسعود رضي الله عنه.

والحَنْتَمُ: جرَّةٌ خضراءُ، والمزفَّتُ: ما طُلِيَ بالزِّفتِ، وهو القارُ، وإنما ذكرَ هذه الأشياءَ؛ لأنَّ المنبوذَ فيها يشتَدُّ زيادةَ اشتدادٍ.

قال: (**وَإِذَا تَخَلَّلَتِ الْخَمْرُ: حَلَّتْ، سَوَاءٌ صَارَتْ خَلًّا بِنَفْسِهَا أَوْ بِشَيْءٍ طُرِحَ فِيهَا**) لقوله عليه السَّلامُ: «أيُّما إهابٍ دُبغَ فقد طهُرَ»[1] كالخمرِ يُخلَّلُ فيحِلُّ، والحديثُ بصريحِه حجَّةٌ على الشافعيِّ[2] في أنَّه لا يحِلُّ المخلَّلُ، وقال عليه السَّلامُ: «خيرُ خلِّكم خلُّ خمرِكم»[3]، وإنما يحلُّ الخلُّ بزوالِ آثارِ الخمرِ بتمَامِها من الطَّعمِ والرَّائحةِ عندَ أبي حنيفةَ، وعندهما: بغلَبة طعمِ الخلِّ.

قال: (**وَلَا يُكْرَهُ تَخْلِيلُهَا**) لأنَّه إصلاحُ جوهرٍ فاسدٍ، كدِباغِ جلودِ الميتات، والله أعلم.

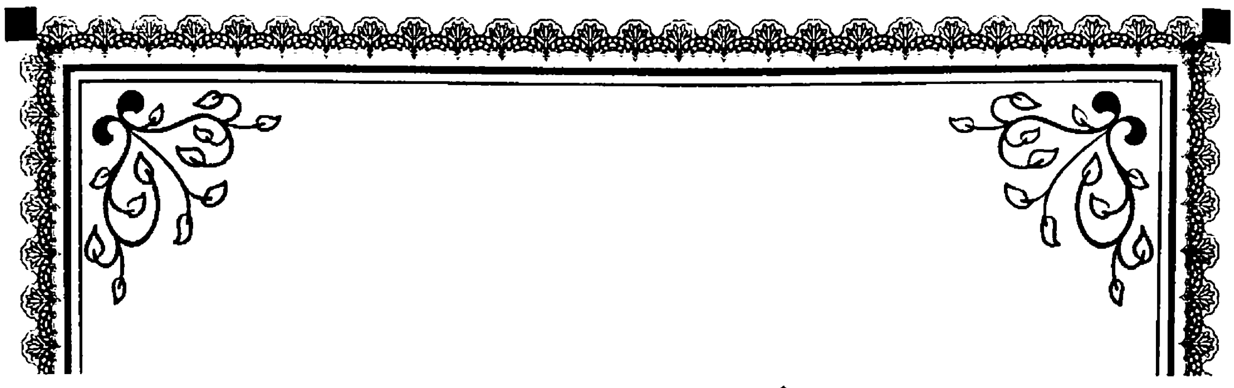
❊ ❊ ❊

---

(١) رواه الترمذي (١٧٢٨)، وابن ماجه (٣٦٠٩)، والنسائي (٤٢٤١)، وأحمد في «مسنده» (١٨٩٥)، والدارمي في «سننه» (٢٠٢٨)، وعبد الرزاق في «مصنفه» (١٩٠)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٤٧٧١) من حديث ابن عباس رضي الله عنه.

(٢) انظر: «الشرح الكبير» (١٠/ ٨٢).

(٣) رواه البيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ٦٣) (١١٢٠٣). من طريق شيخ الحاكم ثم نقل عنه قوله: هذا حديث واه.



فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

❊ ❊ ❊